

【判例研究】

非公開会社における新株発行の瑕疵
——名古屋地裁平成28年9月30日民事第8部判決——⁽¹⁾

中京大学法学部 教授

新 里 慶 一

I 事案の概要

1 当事者

- ① 原告 X は、被告 Y1 会社の株式180株を保有する株主であり、また、産業廃棄物・一般廃棄物の中間処理場及び最終処理場の建設、運営及び管理等を目的とする Z 株式会社の代表取締役を務める者である。
- ② 被告 Y1 会社（平成9年7月7日に、被告 Y2 が、金融業を目的として、資本金1000万円、発行済株式総数200株として設立した株式会社で、設立当初は、200株全部を Y1 の元妻 A が保有していた）で、廃パチンコ台のリサイクル業を主要な業務とする公開会社（会社法2条5号所定をいう。以下同じ。）でない株式会社（以下「非公開会社」という。）であり、取締役会設置会社である。
- ③ 被告 Y2 が Y1 会社の代表取締役であり、Y3 が Y1 会社の取締役である。

2 本件株式の譲渡の経緯

- ① 平成12年当時、Y2 は、Y1 会社の運転資金に窮したことから、X に対して、融資を依頼した。
- ② X は、Y2 に対し、Y1 会社の事業を廃パチンコ台のリサイクル事業へ転換することを勧め、Y1 会社が平成12年7月から平成13年6月までの1年間に支払うべき倉庫の賃料、保証金等を X が代表者を務める有限会社 B（平成13年7月に Z 株式会社に吸収合併された。以下、両者を併せて「Z 会社」という。）が立て替えて支払い、この立替金を Y1 会社が Z 会社からの借入金として返済することに同意した。その際、X と Y2 の間で、元妻 A が保有している Y1 会社株式200株のうち、9割180株（以下「本件株式」という。）を X が、1割20株を Y2 が保有することにした。
- ③ 平成12年7月28日、Y1 会社の目的に、遊戯機器の製造・販売等を追加し、Y2 は自らが Y1 会社の代表取締役に、C（X の実弟）らが取締役に、X が監査役に、それぞれ就任した。
- ④ 平成14年4月1日、Y1 会社は、180株を X 名義に変更し、20株を Y2 名義に変更した（当該名義変更に係る本件株式の譲渡を以下「本件株式の譲渡」という。）。そして、Y1 会社の平成13年

7月1日から平成14年6月30日までの事業年度分の確定申告書には、Xの保有株式数180株、Y2の保有株式数20株と記載されていた。

3 Y1会社とXとの間の借入金の返済・融資状況等

- ① Y1会社は、平成15年10月までにZ会社からの借入金を、平成17年10月までにZ会社を保証人としていた借入金をそれぞれ完済した。
- ② Y1会社は、平成20年1月頃、Xの要請により、Z会社に対し、1億円の融資を実行した。
- ③ Y2は、平成21年1月頃、Y1会社の資金繰りに窮したため、Xに対し、第三者を通じて、Xが保有するY1会社の株式180株を売却して、その売却代金を上記1億円の融資に基づく残金8000万円の返済に充てるよう依頼した。しかし、Xは、この依頼を拒否した。そのため、Y2は、他に融資先を探すことになった。

4 本件株式の移転に至る経緯および公庫からの融資等

- ① Y2は、平成21年1月7日、XがY1会社の監査役を、Cが取締役を、それぞれ辞任した旨の登記手続をXらに無断でした。
- ② Y2は、平成21年3月31日、本件株式180株につき、XからY2への名義変更（以下「本件株式の移転」という。）を行った。
- ③ Y1会社は、第12期の確定申告書別表2「同族会社の判定に関する明細書」に発行済株式の総数200株、Y2の保有株式数200株と記載した。
- ④ Y2は、Xに対し、遅くとも平成14年8月から、毎月、Y1会社の月次損益計算書、月次貸借対照表を示してY1会社の財務内容や営業成績を報告していたが、平成21年6月頃から、報告を行わなくなった。また、Y2は、Xに対し、第11期以降のY1会社の確定申告書の写しを交付しなくなり、平成22年11月以降、XからY1会社の計算書類等の閲覧を求められても拒否するようになった。
- ⑤ Y1会社は、小牧税務署長に対し、平成21年8月31日付株主変更についての申立書を提出し、
①本件株式の譲渡について、平成14年4月頃、設立当初A名義であったY1会社の株式200株を、本来の株主であるY2名義に変更する予定であったが、当時Xからの借入金があったため、その完済までの担保という意味合いで上記200株中180株をX名義としたものである、②本件株式の移転については、Y1会社は、平成21年3月時点では、Xからの上記借入金を完済したこと、Y1会社の事業計画の遂行に株主構成が障害になることから、上記180株につき、本来の株主であるY2名義に戻したものであると説明した。
- ⑥ Y1会社は、平成22年8月20日、パチンコホールを営む者を中小企業向け融資制度の対象から除外している公庫から、2億8000万円を借り受けた。

5 XのY1会社に係る株主権の存否を巡る関連訴訟等

- ① Xは、平成23年4月25日、本件株式の移転はY2がXに無断で行ったものであると主張

して、自己がY1会社の株式180株を有する株主であることの確認等をY1会社に対して求める訴訟を名古屋地方裁判所に提起した（以下「別件訴訟」という。）。

- ② 名古屋地方裁判所は、平成24年3月14日、Xの請求を認容する判決（以下「別件訴訟地裁判決」という。）を言い渡した。
- ③ XとY1会社との間で和解交渉が行われたが、不調に終わり、平成24年3月27日、Y1会社は、別件訴訟地裁判決を不服とし控訴した。
- ④ Y1会社は、別件訴訟の控訴審において、平成24年10月3日、Y1会社がY1会社の株式の評価額を基準とする解決金をXに支払い、Y2がY1会社の株主であることを確認する内容の和解案を提示したが、その中で、後記6①・②の募集株式の発行（以下「本件新株発行」という。）については、何ら言及しなかった。
- ⑤ 上記和解は不調に終わり、名古屋高等裁判所は、平成24年11月6日、Xの請求を認容した別件訴訟地裁判決は相当であるとして、控訴棄却の判決（以下「別件訴訟高裁判決」という。）を言い渡した。
- ⑥ Y1会社は、別件訴訟高裁判決を不服として、上告提起及び上告受理申立てをした。しかし、最高裁判所は、平成25年7月19日、上告棄却及び上告不受理の決定（以下「別件訴訟最高裁決定」という。）をした。

6 本件新株発行の手続等

- ① Y1会社は、平成23年8月10日、Xに対して、事前通知も株主総会の招集通知も行わないまま臨時株主総会を開催し、Y2が議長となって、Y1会社の資本金の額を600万円増額して1600万円とするため、募集株式の上限数を600株とし、募集株式の払込最低金額を1万円とし、会社法199条1項に定める募集事項の決定については取締役会の決定に委任する旨の議案を承認可決した（以下この決議を「本件新株発行総会決議」という。）。
- ② Y1会社は、平成24年5月10日（別件訴訟が名古屋高等裁判所に係属中）、取締役会において、本件新株発行総会決議を踏まえ、普通株式600株を第三者割当ての方法により発行し、Y2にその全てを割り当てること、当該募集株式の払込金額を1株につき1万円とし、払込期日を同年6月4日とすること等を承認可決した（以下この決議を「本件新株発行取締役会決議」という。）。
- ③ Y2は、普通株式600株の引受を申込み、平成24年6月4日に、Y1会社名義の預金口座に払込金額600万円を振り込んだ。
- ④ Y1会社は、平成24年6月11日、本件新株発行を踏まえて、その発行済株式の総数を200株から800株に、資本金の額を1000万円から1600万円に変更する旨の登記手続を行った。

7 Xが本件新株発行の事実を知った経緯

Xは、別件訴訟最高裁決定後の平成25年10月3日、Y1会社及びY2との間でY1会社の今後の経営について話し合いをした際、Y1会社及びY2の代理人から、本件新株発行の事実を告げられ、本件新株発行の事実を初めて知った。

8 本件新株発行の無効および不存在確認訴訟

X は、甲事件として、Y1 会社に対し、本件新株発行の効力発生から約 2 年後の平成26年 6 月 3 日、Y1 会社の株主である X は、Y1 会社が平成24年 6 月 4 日に行った本件新株発行は、X の Y1 会社に係る株主権の存否を巡る X と Y1 会社との間の関連訴訟の継続中に、Y1 会社の従前の発行済株式総数200株のうち180株を保有する X から Y1 会社の会社支配権（経営権）を奪う目的で、本件新株発行のための株主総会の招集通知を X に対して行うことなく、X が新株発行差止請求をする機会のないまま、秘密裡に X を騙して行われたものである等と主張して、Y1 会社に対し、本件新株発行を無効とすること、および、本件新株発行の不存在確認を求めた。

また、X は、Y1 会社に対し、会社法350条に基づき、また、Y2 および Y3 に対し、民法709条または会社法429条 1 項に基づき、連帯して、本件新株発行に至る一連の違法行為により X が被った損害の一部である 1 億円及びこれに対する遅延損害金の支払と求めた。

さらに、X は、訴えの追加的変更により、Y1 会社の発行済株式総数は200株であり、X はそのうち180株を有する株主であることの確認を求めた。

II 判旨⁽²⁾

請求一部認容、一部却下、一部棄却（控訴）

1 争点①（本件新株発行の無効の訴えに係る提訴期間の徒過の有無）に対する判断

「(1) 新株発行無効の訴えの提訴期間は、株式の発行の効力が生じた日から 1 年以内である（会社法828条 1 項 2 号括弧書）。そして、非公開会社である Y1 会社における本件新株発行に係る募集株式の引受人である Y2 が払込期日である平成24年 6 月 4 日に所定の払込みをした本件においては、株式の発行の効力が生じた日は、当該払込期日であるから（同法209条 1 号）、本件新株発行の無効の訴えの提訴期間は、同日から 1 年以内となる（最高裁判所昭和…53年 3 月28日第三小法廷判決…参照）。ところが、X が本件新株発行の無効の訴えを提起したのは、上記提訴期間を徒過した後の平成26年 6 月 3 日のことである…。

(2) この点につき、X は、〔1〕本件新株発行は、X に対する本件新株発行総会決議の招集通知も送付されないまま秘密裏に行われ、しかも、Y1 会社は、本件新株発行と同時期に行われていた別件訴訟の和解手続において、X に対し、X が Y1 会社の大株主（180株保有）であることを前提とした和解案を提案するなど、本件新株発行は存在しない旨、X を欺罔していたため、X は、本件新株発行の事実を知ることができなかったし、知らなかったことにつき何ら帰責事由もないこと、〔2〕新株発行の無効の訴えについて提訴期間が制限される趣旨は、法律関係を早期に安定させて取引の安全を図るためであるところ、本件新株発行については、これを無効にしても弊害が生じないといえる事情があること等から、提訴期間の起算日を X が本件新株発行を知った日とすべきであり、そうでないとしても、禁反言等を理由に、本件新株発行の無効の訴えは、提訴期間の制限との関係において適法に提起されたものであるといえる旨主張する。

そこで検討するに、…、Y2 及び Y1 会社は、遅くとも平成14年 6 月頃までには、本件株式の譲渡の合意をなし、これにより X が本件株式を保有するに至ったことを熟知しながら、平成21年

1月頃以降、資金繰りに窮したため、風俗関係の営業をなす者が大株主である企業に対する融資を行わない政府系金融機関から融資を得るとともに、パチンコ台のリサイクル業の選定業者の推薦を受けるため、風俗営業（パチンコ・マージャン）の遊技場経営を業とする…XをY1会社の株主から秘かに排斥しようと考え、…、第12期（平成20年7月1日から平成21年6月30日）の確定申告書別表2「同族会社の判定に関する明細書」に発行済株式の総数200株、Y2の保有株式数200株と記載し、小牧税務署長に対し、本件株式の譲渡は譲渡担保目的であり、被担保債権の消滅により本件株式の名義をY2に戻すものであるとの虚偽の説明をしたことが認められる。その上、…、Y1会社の代表者であるY2は、Xが本件株式を保有することを知りながら、Xに対して本件新株発行総会決議の招集通知等を行うことなく、Y2がY1会社の全株式を保有するものとして、当該決議を行った。しかも、Y2は、…、平成21年1月、X及びXの実弟CをY1会社役員の地位から無断で排斥したほか、同年6月頃以降、Xに対し、Y1会社の財務内容や営業成績の報告を行わず、第11期（平成19年7月1日から平成20年6月30日）以降の確定申告書の写しを交付せず、これにより、XがY1会社の借入状況や株主構成その他の会社の内情を知ることを妨げた…。これらの諸事情を総合すると、Y1会社の代表者であるY2は、XをY1会社の株主から排斥する意図の下、Xに知られることなく本件新株発行を行うべく、Xがこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたものと認められる。

また、Xは、本件新株発行の効力発生後である平成24年10月、別件訴訟の控訴審における和解交渉の際、Y1会社から、本件新株発行の事実を告げられなかったのみならず、Y1会社の発行済株式総数が200株であるとの記載のあるY1会社の株式評価額の算定に関する報告書等を交付されており、このような状況の中で、Xが本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかったといえる。

そして、Y1会社は、株式の譲渡制限をしている会社であるところ…、本件新株発行により株式の発行を受けた者は、Y2だけであるから、本件新株発行につき、取引の安全を考慮する必要性がさほど高いとはいえない。また、Xは、本件新株発行の存在を知った平成25年10月3日から1年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており、訴訟提起が不当に遅延したとはいえない。

以上のとおりの本件事実関係の下においては、信義則上、Xが本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、当該訴えは、適法であると解するのが相当である。」

2 争点②（本件新株発行の無効の訴えに係る無効事由の有無）に対する判断

「(1) 会社法上、公開会社については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法201条1項、199条）のに対し、非公開会社については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によって募集事項を決定することを要し（同法199条）、また、株式発行

無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は6か月であるのに対し、非公開会社の場合には1年とされている（同法828条1項2号括弧書）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である（最高裁判所平成…24年4月24日第三小法廷判決・民集66巻6号2908頁）。

（2）これを本件についてみるに、前示のとおり、本件株式の譲渡により、Y1会社の発行済株式200株のうち180株をXが、その余の20株をY2が保有することとなったのであり、その後の本件株式の移転は、本件株式に係る権利移転を伴うものではなく、…、上記本件株式の譲渡の後の保有株式数を変動するものではないから、本件新株発行総会決議が行われた平成23年8月10日においても、Y1会社の発行済株式数は200株であり、そのうち180株をXが、その余の20株をY2がそれぞれ保有していたものである。そうすると、本件新株発行総会決議は、Y1会社の2人の株主のうちの1人であり、同社の発行済株式のうち9割の株式を保有していたXに対する本件新株発行に係る株主総会の招集通知がされることなく、Y2がY1会社の全株式を保有するものとして行なわれたものであるから、その手続的瑕疵の著しさに照らして、本件新株発行に係る株主総会が法律上存在したとはいえない。

したがって、非公開会社であるY1会社において…、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行…がされたものであるから、この瑕疵は本件新株発行の無効原因になる。」

3 争点③（本件新株発行の不存在確認の訴えに係る不存在事由の有無）に対する判断

「（1）新株発行の不存在確認の訴えは、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合に肯定されるべきものと解するのが相当であり（最高裁判所…平成15年3月27日第一小法廷判決…）、新株発行が物理的には存在するような外観を呈する場合には、その手続的、実体的瑕疵が著しいからといって、その瑕疵が新株発行の不存在事由となるものではない。

（2）これを本件新株発行についてみるに、…、Y1会社の代表取締役であるY2が議長として本件新株発行総会決議及び本件新株発行取締役会決議を行うなど本件新株発行に関与しており、本件新株発行に係る払込金額の払込み及び登記がなされているから、新株発行の実体がないとは評価できず、本件新株発行が不存在であるとはいえない。

（なお、新株発行不存在確認の訴えには提訴期間の制限がないこと（最高裁判所…平成15年3月27日第一小法廷判決頁…）等に照らせば、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合の救済手段として、新株発行不存在事由を広く解釈することは相当でないというべきである。）」

III 検討

1 はじめに

本件においては、非公開会社 Y1 会社が行った新株発行の無効または不存在確認、および、取締役 Y2・Y3 に対して損害賠償を求める甲事件と、当該新株発行の存在を前提とした株主総会決議の取消し、または、決議不存在確認を求める乙事件が併合された。その争点は、甲事件に関しては、①本件新株発行無効の訴えの提訴期間の遵守、②本件新株発行の無効事由の存否、③本件新株発行の不存在事由の存否、④取締役 Y2 らの損害賠償責任、⑤甲事件における追加的訴え変更の可否、⑥発行済株式総数および X の保有株式数確認の訴えの利益を、そして、乙事件に関しては、⑦本件総会決議の不存在、⑧本件株主総会決議取消の訴えの利益、⑨本件総会決議の取消事由、⑩乙事件の訴え提起の濫用性を、挙げるができる。このうち、本稿では、甲事件①・②・③を検討する。

本判決が引用している最高裁平成24年4月24日判決（以下「平成24年最判」とする）⁽³⁾は、非公開会社においては、株主は会社支配に係る持株比率の維持に強い関心を持っていることから、新株発行に必要な株主総会の特別決議を欠くことは、新株発行の無効になる、と解している。本件新株発行株主総会決議は、発行済株式総数の9割を有する株主 X に招集通知を発せず、この株主を排斥して行われたものであり、著しい手続的瑕疵があるため不存在であると解される⁽⁴⁾。そのため、本件新株発行には、少なくとも無効原因が存在したといえる⁽⁵⁾。

ところで、本件の問題の核心は、本件においては、新株発行の効力発生日の前後を通じて、Y1 会社が、X に対して、本件新株発行手続の進行や完了の事実を隠蔽したことにより、新株発行無効の訴えの提訴期間である1年を経過してしまい、X が新株発行の無効の訴えを提起できなくなったことである。

従来の学説においては、このような特殊事情がある場合には、瑕疵ある新株発行を攻撃する法律構成として、①新株発行無効の訴えの提訴期間の起算日を株主が新株発行を知った日と修正解釈して新株発行の無効の訴えを認めるとする説⁽⁶⁾、または、②新株発行不存在確認の訴えを認める説⁽⁷⁾が主張されてきた⁽⁸⁾。

本判決は、①の新株発行の無効の訴えによって解決したが、本件の特殊事情を考慮して信義則を根拠に提訴期間の徒過を否定した点、そして、「新株発行の実体」がない場合を新株発行の不存在とする最高裁平成15年3月27日判決⁽⁹⁾（以下「平成15年最判」とする。）を引用して、②の構成は否定した点に特徴がある。

私見としては、本判決には反対である。なぜなら、本判決は、新株発行の不存在事由を物理的不存在のみに限定する「物理的不存在限定説」（以下「限定説」とする。）ではなく、物理的不存在事由の他に評価的不存在事由をも認める「評価的不存在緩和説」⁽¹⁰⁾（以下「緩和説」とする。）に立ち、本件新株発行は不存在であったとすべきであったと考えるからである。

2 新株発行無効の訴えの無効原因について－株主総会決議の欠缺の無効原因性－

（1）新株発行の無効の訴え

新株発行に瑕疵がある場合、事後的措置として、新株発行の無効の訴えの制度が用意されている。

すなわち、株式会社の成立後における新株の発行の無効は、当該新株発行の効力が生じた日から、公開会社については新株発行の効力発生日から6か月以内、非公開会社については1年以内に、訴えをもってのみ主張することができる（会社法828条1項2号）。提訴権者は当該株式会社の株主等（株主、取締役、監査役、執行役、清算人）のみである（同条2項2号）。無効の効力が認められた場合には、対世効が認められ（同法838条）、無効の効力は遡及せずに、将来に向かってのみ無効の効力は認められることとなる（同法839条）。このように提訴権者および提訴期間を定めて対世効等を認める趣旨は、既成事実を尊重し取引の安全を保護し、法律関係の画一的処理の必要性があるからである。また、無効の一般原則によったのでは、主張の方法・相手方・時期等が無制限となり、かつ、対世効や将来効もなく、法的安定性に欠けるからである。

ところで、どのような場合に、新株発行が無効となるかについては、明文の規定がなく、解釈に委ねられている。もっとも、新株発行が無効となると事後的に払込金の返還が必要となる等法律関係が混乱するため、無効事由は、新株発行手続に法令・定款に違反する重大な違反がある場合に限定される。

（２）無効原因としての株主総会特別決議の欠缺

① 問題の所在

本判決は、株主総会特別決議の欠缺について、公開会社と非公開会社を区別して新株発行無効の訴えに言及し、その上で、平成24年最判を引用して、「非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視して、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されているのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因となるが相当である。…、本件新株発行に関わる株主総会が法律上存在したとはいえない。…非公開会社であるY1会社において…、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行…がされたものであるから、この瑕疵は本件新株発行の無効原因になる。」と判示した。

本判決が判示するように、株主総会の特別決議の不存在は、新株発行の無効原因となるのであろうか。そして、無効原因について、公開会社と非公開会社を区別する考え方は妥当なのであろうか。

② 判例

i) 旧商法下における判例の考え方

本件で参照されている平成24年最判以前の判例においては、公開会社と非公開会社を区別せずに、株主総会の特別決議の欠缺を無効原因とは考えていなかった。すなわち、旧商法下においては、最高裁は、授權資本制度下における新株発行の性質論（会社の業務執行の準ずるもの）、株主総会の特別決議の性質論（取締役会の権限行使の会社内部の手続要件）、新株発行による外部取引の安全（新株の取得者および会社債権者の保護）を根拠に、株主総会の特別決議の欠缺を新株発行の無効原因ではないと考えていた。

(a) 最高裁昭和40年10月8日判決

最高裁は、昭和40年10月8日判決において、以下のとおり判示している⁽¹²⁾（以下「昭和40年最判」とする）。

「新株引受権を株主以外の者に付与することについては株主総会の特別決議を要するのであるが、既に取り締役会の決定に基づき対外的に会社の代表権限を有する取締役が当該新株を発行したものであるかぎり、右第三者引受についての株主総会の特別決議がなされなかったことは、新株発行無効の原因となるものではないと解すべきである。けだし、新株の発行は、元来株式会社の組織に関するものではあるが授權資本制度を採用する現行商法が新株発行の権限を取締役会に委ねており、ただ株主以外の者に新株引受権を与える場合には、株式の額面無額面の別、種額、数及び最低発行価額について株主総会の特別決議を要するに過ぎないものとしている点等にかんがみるときは、新株発行は、むしろ、会社の業務執行に準ずるものとして、取り扱っているものと解するのを相当とすべく、右株主総会の特別決議の要件も、取締役会の権限行使についての内部的要件であって、取締役会の決議に基づき代表権を有する取締役により既に発行された新株の効力については、会社内部の手続の欠缺を理由にその効力を否定するよりは右新株の取得者および会社債権者の保護等の外部取引の安全に重点を置いてこれを決するのが妥当であり、従って新株発行につき株主総会の決議のなかった欠缺があっても、これをもつて新株の発行を無効とすべきではなく、取締役の責任問題等として処理するのが相当であるからである。このことは、既に当裁判所判例の趣旨とするところである（当裁判所昭和…36年3月31日第二小法廷判決判例集第15巻645頁⁽¹³⁾。）」

(b) 最高裁昭和46年7月16日判決

また、最高裁は、昭和46年7月16日において、昭和40年最判を踏襲している⁽¹⁴⁾。

「株式会社の代表取締役が新株を発行した場合には、右新株が、株主総会の特別決議を経ることなく、株主以外の者に対して特に有利な発行価額をもって発行されたものであっても、その瑕疵は、新株発行無効の原因とはならないものと解すべきである。このことは当裁判所の判例（最高裁判所昭和…40年10月8日第二小法廷判決、民集19巻7号1745頁参照）の趣旨に徴して明らかである。」

ii) 平成17年制定会社法下における判例の考え方

平成24年最判は、株主総会特別決議の欠缺の無効原因性について、公開会社と非公開会社を区別して、二元的な構成を採用している。

「会社法上、公開会社（同法2条5号所定の公開会社をいう。以下同じ。）については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行

可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法201条1項、199条）のに対し、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によって募集事項を決定することを要し（同法199条）、また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は6箇月であるのに対し、非公開会社の場合には1年とされている（同法828条1項2号）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である。所論引用の判例（最高裁昭和…36年3月31日第二小法廷判決・民集15巻3号645頁、最高裁平成…6年7月14日第一小法廷判決・裁判集民事172号771頁⁽¹⁵⁾）は、事案を異にし、本件に適切でない。」

③ 学説

i) 旧商法下における学説

従来の通説は、公開会社と非公開会社との区別なしに、従来の判例と同様に、授権資本制度下における新株発行の性質論（会社の業務執行の準ずるもの）、株主総会の特別決議の性質論（取締役会の権限行使の会社内部の手続要件）、新株発行による外部取引の安全（新株の取得者および会社債権者の保護）を理由に、株主総会決議の欠缺を無効原因とはしなかった。

ii) 平成17年制定会社法下における学説

学説としては、近時、平成24年最判と同様に、二元的構成を採用して、非公開会社においては、株主総会決議の欠缺を無効原因とする見解が有力となっている。その理由としては、平成24年最判と同様に、持株比率に係る既存株主の利益の保護を重視すること、株式取引の安全に対する配慮の⁽¹⁶⁾必要性が公開会社ほど強くないことがあげられている⁽¹⁷⁾。

④ 小括

本判決は、妥当であると考え。その理由は、以下の2点である。

第1に、本判決が平成24年最判を踏襲している点である。

平成24年最判は、「非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨」と判示している。平成24年最判による平成17年制定会社法の趣旨の捉え方は妥当であると考え。本判決は、この平成24年最判を踏襲しているのである。

第2に、平成17年制定会社法は、非公開会社を基本に据えて株主総会の決議を原則とする構成を

採用している点である。

平成17年制定会社法は、199条から202条まで、新株発行の募集事項の決定手続について規定して、これらの規定の関係について、次の通り構成している。すなわち、①199条は、原則的規定であり、株主総会の決議で募集事項のすべてを決定することを原則とする。②200条は、株主総会の決議で取締役会や取締役が募集事項の決定を委任した場合における特則である。③201条は、公開会社について①②の特則である。④202条は、株主に募集株式の割当てを受ける権利を定めた場合における①②③の特則である、とされる⁽¹⁸⁾。そして、規程の順序や内容において平成17年改正前商法から変更されている点が存する理由は、平成17年制定会社法においては、株式会社と有限会社との規律の一体化を図り、公開会社でない株式会社の規律を基本に据えているからである、とされる⁽¹⁹⁾。このように、平成17年制定会社法は、新株発行規制については、株主総会の決議を原則的要件に位置付けている。この原則を逸脱する新株発行は無効とすべきである⁽²⁰⁾と考える。

3 提訴期間経過後における新株発行無効の訴えの提起について

(1) 問題の所在

私見としては、後に検討するように、本件の事例においては、解釈による提訴期間の修正は否定すべきであり、新株発行不存在の確認の訴えで解決すべきである⁽²⁰⁾と考える。したがって、新株発行無効の訴えの提訴期間について、検討は不要である。しかし、新株発行無効の訴えの提訴期間については、種々の傾聴すべき見解が主張されている。そこで、若干、検討を加えておきたい。

ところで、旧商法下においては、無効の訴えの提訴期間は、効力発生時から6か月とされていた(旧商法280条ノ15)。そのため、小規模閉鎖会社では、会社側が株主総会を開催せずに新株を発行した場合に、株主がその事実気づかず6か月の提訴期間を徒過してしまう危険性があるとの指摘がなされ、実際に紛争も生じていた。そのため、平成17年制定会社法は、株主の利益保護を目的に、定時株主総会が年1回であることも考慮し、非公開会社の場合には提訴期間を1年に伸長した⁽²¹⁾。

本件においては、法定の提訴期間1年を経過した後に新株発行無効の訴えが提起された。これに対して、本判決は、①Y2は、「XをY1会社の株主から排斥する意図の下、Xに知られることなく本件新株発行を行うべく、Xがこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返し」ていた、②「Xが本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかった」、③「Y1会社は、株式の譲渡制限をしている会社で、本件新株発行により株式の発行を受けた者は、Y2だけで」あった、④Xは、「本件新株発行の存在を知った平成25年10月3日から1年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起した」と事実認定した上で、「信義則上、Xが本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、当該訴えは、適法であると解するのが相当である。」と判示した。

そこで、はたして、信義則を根拠に提訴期間を徒過して提起したとすることができないとの本判決の判断は、妥当なのであろうか。

（２）裁判例

① 東京高裁昭和61年 8 月21日判決

東京高裁は、主位的に新株発行不存在の確認を、予備的に新株発行の無効を求められた事案において、予備的請求について、以下のとおり判示して、解釈による提訴期間の修正を認めなかった。⁽²²⁾⁽²³⁾

「商法280条ノ15第1項によると、新株発行無効の訴えは新株『発行ノ日』より6か月以内に提起すべきものとされ、右発行の日とは新株発行の効力の発生日である新株の払込期日の翌日…と解すべきである（最高裁判所昭和53年3月28日第三小法廷判決…）。…

…商法は新株発行の手續に瑕疵があつて無効となる場合であっても、その関係を長期間不安定の状態に置かないため、『発行ノ日』から6か月以内に訴えの方法によつてのみ争えとしたものであり、一部の株主の株式発行の事実についての知・不知によつて、もしくは知り得べかりし事情の存否によつて、右『発行ノ日』を特別に解したり、実質右6か月の期間を延長するような解釈は採り得ない。」

② 東京地裁平成16年 3 月31日判決

i) 判旨

東京地裁は、主位的に新株発行の不存在の確認を、予備的に新株発行の無効を求める事案において、以下のとおり、事案の特殊事情を考慮に入れて、予備的請求について、信義則を用いて、新株発行無効の訴えは提訴期間を徒過しているとはいえない、と判示した（以下「平成16年東京地判」とする。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾）。

「平成14年10月2日の新株発行の無効の訴えが平成15年8月になってから提訴されていることから、提訴期間を徒過したものであるかどうかについて検討する。

新株発行無効の訴えは、株式会社の株主という会社にとって重要な構成を早期に確定し、新株発行をめぐる取引の安全を図る見地から発行日より6か月内に提起することとされているが、この発行の日は、新株発行による変更の登記の日ではなく、新株発行の効力の発生日である新株の払込期日の翌日をいう（最高裁判所昭和53年3月28日第三小法廷判決・判例時報886号89頁）。

そうだとすると、平成14年10月2日の新株発行の無効の訴えは、6か月の提訴期間内に提起されていないことになる。

しかし、本件では、株主以外の第三者に対する有利発行であるのに株主に対して通知も公告もなされておらず、かつ、登記の日も現実の払込（平成14年10月1日。筆者による。）、発行日より6か月を経過して（平成15年4月18日。筆者による。）なされているため、旧株主は、新株発行無効の訴えの提訴期間内に、新株発行の事実を全く知るができなかったことになる。そして、この登記が遅れた原因について、登記の経由を妨げるような何らかの事情があったとは認められず、このころ、原告と被告が会社の支配権をめぐる争っていたことからすると、被告が新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過させるためにあえて登記を遅らせたとも推認できる。

また、株式の発行を受けた者は、一人であり、被告会社は株式の譲渡制限をしている会社であり、取引安全を重視する必要性はそれほど高くない。

さらに、原告の新株発行無効の訴えは、新株発行の登記が経由されてから6か月以内に提訴されており、訴訟提起が不当に遅延していると評価することもできない。

このような本件における事情を考慮すると、原告による新株発行無効の訴えは、信義則上、提訴期間を徒過しているとはいえず、その訴えは適法であると解するのが相当である。」

本判決の法律構成は平成16年東京地判の法律構成と極めて類似している。しかし、平成16年東京地判が新株発行の登記が経由されてからの提訴期間の経過に言及しているのに対し、本判決は株主が新株発行の事実を知った日からの提訴期間の経過に言及している点で、違いがある。

ii) 批判

本判決が信義則を根拠にしたことについては、以下のような批判がなされている。

第1に、鳥山恭一教授は、本件の判例研究において、本判決は「『信義則』を根拠にあげて、提訴期間の経過後のXの提訴を適法とした。しかし、提訴期間その他の訴訟要件は裁判所が職権により調査する。Xは、新株発行を隠蔽した」Y1会社らには「信義則違反を主張できても、裁判所に対し信義則違反を主張できる関係にはない。それゆえ、『信義則』は、提訴期間の経過後の提訴を適法なものとする根拠になるとはおもわれない。」と批判している。⁽²⁶⁾

第2に、吉本健一教授は、本件の判例研究において、「一般論として、会社訴訟において被告会社に信義則による主張制限を課すことは慎重であるべきである。新株発行無効の訴えでは、請求認容の確定判決は対世効が認められ（会社法838条）、訴訟当事者以外の利害関係者にも効力が及ぶ。そのことから、新株発行無効の訴えは種々の利害関係者の利益を適切に代表することが期待できる会社に被告適格が限定されている（会社法834条）。そして、被告会社の背後には新株の保有者のみならず、他の株主や会社債権者などの利害関係者が存在することからすれば、本来2当事者間における衡平の観点から妥当な解決を図るという信義則による解決になじまないと考えられる。」と批判している。⁽²⁷⁾

iii) 肯定的見解

本判決が信義則を根拠にしたことについては、以下のような肯定する見解がある。

第1に、田中亘教授は、本件の判例研究において、「既に最高裁判例は、訴訟要件の1つである原告適格の欠缺が、信義則によって治癒されうることを認めている（最判平成2・12・4民集44巻9号1165頁）。さらに、従来は法律関係の確定の要請から例外は認められないとされてきた（最判平成元・12・21民集43巻12号2209頁）、民法724条後段（平成29年改正前）の除斥期間についても、『特段の事情』による例外を認めるに至っている（最判平成10・6・12民集52巻4号1087頁、最判平成21・4・28民集63巻4号853頁）。本判決が、会社が新株発行を隠蔽していたことや、株主が新株発行を知った時から遅滞なく無効の訴えを提起していること理由に、信義則上、提訴期間を徒過した

とすることは許されないとしたこと…は、以上のような判例の流れからすれば自然の帰結とみることもできるように思われる。」と主張している。⁽²⁸⁾

第2に、大久保拓也教授は、本件の判例研究において、「新株発行無効の訴えは無効事由がある場合であっても、その関係を長期間不安定な状態に置かないために提訴期間が定められたという趣旨、会社が法定侮辱的対応ともいえる新株発行の事実の隠蔽をしたこと、非公開会社であるため取引の安全を考慮する必要がないこと等を考慮すれば、本判決が信義則違反を根拠に提訴期間の例外的取扱いを認めたのは妥当であるといえよう。」と主張している。⁽²⁹⁾

iv) 折衷的見解

齊藤真紀教授は、本件の判例研究において、「新株発行無効の訴えは、流通する株式の取得者や債権者の保護、発行された株式の有効性を前提になされる会社の対内的・対外的行為の法的安定性の早期確保等のさまざまな要請に応えるものである。このことは、より優先されるべき他の利益の存在を否定するものではないが、信義則という法律構成は、紛争の本質が特定の当事者間の対立にあるかのような印象を惹起させ、ある当事者の非難に値する行動が『会社の』行動と同視される結果、会社訴訟において図られている多数の当事者間の利害調整や、例外的な取扱いをすべきか否かを判断するために着目すべき事実関係に十分配慮されない事態を招くのではないか。言い換えれば、信義則に依拠して訴訟要件を緩和しようとしても、それは、紛争を二当事者間の対立構造で捉えて差し支えない場合に限定されるべきであり、本件はそのような例外的な事案の一つであったということになろう。」と主張している。⁽³⁰⁾

(3) 提訴期間の起算日を修正する学説

① 信義則と根拠とすることを批判し、起算日を新株発行を知った日とする見解

鳥山恭一教授は、本件の判例研究において、上述のとおり、信義則を根拠とすることを批判した上で、提訴期間の起算日について、「新株発行の『効力が生じた日』を新株発行の無効の訴えの提訴期間の起算日とするのは、新株発行の事実が株主総会においてまたは通知もしくは公告（会201条3項以下、202条4項）により株主に適法に知られることを前提としていると解される。それゆえ、新株発行の事実が株主に違法に隠蔽された場合には、例外的に（法律の規定の文言に反することにはなっても）、株主が新株発行の事実を知り得た日を提訴期間の起算日とみるべきとおもわれる。」と主張している。⁽³¹⁾

② 起算日を新株発行の登記の日とする見解

中東正文教授は、平成15年最判の判例研究において、「新株発行無効の訴えの提起を妨げる工作がなされた事例においては、その訴えの起算日に修正を加えることにより、対応することも可能である。すなわち、新株発行の日（商法280条ノ15第1項）を払込期日の翌日と解するのが一般的であるが（商法280条ノ9第1項、最三小判昭和53年3月28日…）、起算点を登記の日にするなど、不利益を主張する者が新株発行の事実を知り得るようになった状態に設けるのが妥当であろう。」と主張し

ている。⁽³²⁾

③ 信義則を根拠とすることを肯定し、起算日を新株発行を知った日とする見解

第1に、林孝宗講師は、本件の判例研究において、「本件のような、小規模閉鎖会社の場合、株式取引の安全の問題が生じることは原則的にないことから、会社側に帰責事由が認められるならば、信義則を根拠に提訴期間について例外的取り扱いを認めても問題はないように思われる。これは、小規模閉鎖会社における株主の利益保護の観点からも妥当であろう。このように、信義則によって提訴期間に例外的な取り扱いと認めた場合、その起算点は株主が当該新株発行を知った日となるものと考えられる。」と主張している。⁽³³⁾

第2に、松井英樹教授は、本件の判例研究において、「二当事者間の法律上の主張の可否に関わる『信義則』をもって、法定された提訴期間の形式的適用を修正するためには、当該会社訴訟における紛争の実態が、原告株主と被告である会社ひいては会社の業務執行者との二当事者間のものにすぎないと評価されることが前提とされるべきである。したがって、本件のように、被告Y1会社の株主には、原告Xと被告Y2の2名しかおらず、①他の利害関係を有する株主が存在しない場合であること、②非公開会社における新株発行をめぐる争いであり、株式譲渡制限が付されていることから新株をめぐる株式取引の安全に配慮する必要がないこと、③株式の払込みによる会社資産および資本金等の増加について直接的な利害関係を有する第三者が存在しないこと等、法律関係の安定性確保という、提訴期間要件の趣旨・目的によって法的な保護を受けるべき利害関係者が存在しない場合であることが、本争点に関する本判決の射程範囲であるものと考えられる。また、信義則を用いた解決を図る上では、この場合に株主側が提訴期間を遵守できなかった事情と、会社側の帰責事由とを総合的に勘案することが必要だろう。そこで、新株発行無効の訴えに提訴期間要件が定められていることにより法律関係の早期安定を図ろうとしている法の趣旨に照らせば、提訴期間の起算点につき、株主側が新株発行の事実を知り得た時と解すべきであり、④株主が新株発行の事実を知り得た時から1年以内に提訴している場合であることも要求されるものと解される。」と主張している。⁽³⁴⁾

④ 提訴期間の起算日を株主が新株発行を知った日とする見解に対する批判

吉本健一教授は、本件の判例研究において、提訴期間の起算日を株主が新株発行の事実を知った日と解する見解に対して、「この見解は、まず第一に条文の文言（『株式の発行の効力が生じた日』会社法828条1項2号）に抵触する。そして、この見解をとる学説は、新株発行無効の訴えの提訴期間につき、一般的にそのような解釈をとるのではなく、本件のような新株発行が秘匿されたケースについてのみ、主張されるようである。しかし第二に、提訴期間の延長を認める必要がある場合のみそのような解釈をとるのであれば、信義則による解決と変わりがないといえ、理論的に首尾一貫せず一種の便宜的解釈とも評し得る。また第三に、新株発行の事実を知った（知り得た）日につき株主の個別事情を考慮するならば、新株発行の無効の訴えの提訴期間が原告ごとに異なることも想定されるし、他方で個別事情を考慮せず特定の新株発行の外観発生日（変更登記の日）とするな

らば、救済の範囲はかなり限定されてしまうことになるだろう。そして第四に、この見解では、法定の提訴期間経過後も無効判決の確定によりそれまで有効であった新株発行の効力が否定されるというリスクがあり（形成訴訟）、提訴期間の制限による法的安定性の早期確保が損なわれる恐れがある。したがって、この見解は支持し難いと思われる。」と批判している⁽³⁵⁾。

（４）小括

① 本判決の提訴期間および起算日の解釈について

まず、本判決の提訴期間および起算日の解釈について、昭和61年東京高判から見て、どのように理解したらいいであろうか。

第1に、昭和61年東京地判は、「提訴期間を延長」することができない、としている。では、本判決は、提訴期間を延長する解釈をしたのであろうか。

私見としては、本判決は提訴期間を延長するものではないと考える。なぜなら、本判決は、新株発行の無効の訴えは、「新株発行を知った日から1年以内に提起されており、訴訟提起が不当に遅延していると評価することもできない。」と判示しているからである。

第2に、昭和61年東京地判は、提訴期間の起算日である「発行ノ日」を特別に解釈することはできない、としている。では、本判決は、起算日に特別な解釈したのであろうか。

私見としては、本判決は、本件の特殊事情から、本来に提訴期間の起算日である「発行ノ日」を「新株発行を知った日」に変更したものとする。すなわち、本判決は、「新株発行を知った日から1年以内に提起されており、訴訟提起が不当に遅延していると評価することもできない。」として、「原告X1による新株発行無効の訴えは、信義則上、提訴期間を徒過しているとはいえず、その訴えは適法であると解するのが相当である。」と判示している。この2つの判示から、本判決は、提訴期間の起算日について、信義則を根拠に、新株発行を知った日と特別に解釈した、と考える。このような捉え方が素直な捉え方であるとする。

② 本判決の正当性・妥当性について

そこで、次に問題になるが、信義則を根拠に用いて提訴期間の起算日を新株発行を知った日とするものの正当性・妥当性である。

まず、信義則を根拠に用いることの妥当性である。

たしかに、上述のとおり、信義則を根拠として提訴期間の起算日について修正的解釈を行うには、批判がある。しかし、本判決のような、会社支配権の確立のための不公正な新株発行、会社側による反対派株主への新株発行の秘匿工作、この工作による提訴期間の徒過という状況において、新株発行の効力を認めることは、株主を不当に害するものである。したがって、このような状況においては、新株発行の効力を否定すべきである。

そして、かりに、その新株発行を否定する手段として、新株発行の無効の訴えを用いるとすれば、本件のような特殊な事情下にあつては、新株発行無効の訴えの提訴期間の起算点に関する特別な解釈や提訴期間を延長する解釈を採用するほかないであろう。そして、このような提訴期間および起

算点に対する解釈による修正的解決のための明文上の法的根拠がない場合、反対派株主の保護の必要性和許容性が認められるならば、信義則を用いて解決することには、妥当性が認められる。

次に、問題になるのは、提訴期間の起算日について新株発行を知った日と解釈することについて、正当性である。

この点について、上述したとおり、鳥山教授が「新株発行の『効力が生じた日』を新株発行の無効の訴えの提訴期間の起算日とするのは、新株発行の事実が株主総会においてまたは通知もしくは公告（会201条3項以下、202条4項）により株主に適法に知られることを前提としていると解される。」と主張されている。傾聴に値する主張であると考ええる。しかし、鳥山教授も認めているように、新株発行の事実を知った日を新株発行無効の訴えの起算日とする解釈は法文に反する。したがって、提訴期間の起算日を新株発行の事実を知った日と特別な解釈をして、無効の訴えを認めるべきではないと考える。そうすると、本件のような状況において、株主を保護するためには、新株発行不存在確認の訴えを認めるほかないことになる。

4 本件新株発行における不存在事由について

（1）問題の所在

平成17年改正前商法の下では、明文の規定がなかったが、解釈として、新株発行無効の訴えに準じて「新株発行不存在確認の訴え」が認められていた。この訴えは、新株発行無効の訴えと同様、会社を被告としてのみ提起することができる（最判平成9・1・28民集51巻1号40頁）が、出訴期間の制限はない（最判平成15・3・27民集57巻3号312頁）とされていた。そこで、平成17年制定会社法は、この判例法理を引き継ぎ、明文の規定を設けた（会社法829条1号、834条13号、838条⁽³⁶⁾）。

会社法は、新株発行不存在事由については、新株発行無効の訴えと同様、何ら定めていない。そこで、解釈によって決定することになるが、上述のとおり、「限定説」と「緩和説」が対立している。

このような状況にあって、本判決は、第1に、「新株発行の不存在確認の訴えは、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合に肯定されるべきものと解するのが相当であり（最高裁判所…平成15年3月27日第一小法廷判決…）、新株発行が物理的には存在するような外観を呈する場合には、その手続的、実体的瑕疵が著しいからといって、その瑕疵が新株発行の不存在事由となるものではない。」と判示した。

第2に、本判決は、①Y1会社代表取締役Y2が、議長として、本件新株発行総会決議及び本件新株発行取締役会決議を行うなど本件新株発行に関与したこと、②本件新株発行に係る払込金額の払込みがあったこと、③新株発行の登記がなされていることを認定して、不存在事由の存在を否定している。すなわち、名古屋地裁は、①・②・③を「新株発行の実体」、また、「新株発行が物理的に存在する」状態と捉えた。

第3に、本判決は、新株発行不存在確認の訴えに提訴期間の制限がないことに照らして、「新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合の救済手段として、新株発行不存在事由を広く解釈することは相当でない」とした。

(2) 裁判例⁽³⁷⁾

① 本判決引用の平成15年最判前における下級審裁判例

i) 「限定説」

(a) 大阪高裁昭和52年8月5日判決

大阪高裁は、昭和52年8月5日判決（以下「昭和52年大阪高判」という。）において、「新株発行の実体⁽³⁸⁾」というキーワードを用いて以下のとおり判示している。

「新株発行の不存在を主張できるのは、新株発行による変更登記があっても、権限のない者が新株の発行を装うなど全くその実体がない場合であると解すべきである。

これを本件についてみるに、…、本件新株発行は、被控訴会社の取締役会においてその発行が議決され、それに従って代表取締役…が新株発行の手續をし、払込もなされたものであるから、個々の手續における瑕疵の有無は別として、新株発行の実体を有しているものといふことができ、…これが不存在であると認めることはできない。」

昭和52年大阪高判は、一般論として、「新株発行の実体」がない場合を新株発行の不存在とする、と判示する。しかし、これ以上に、「新株発行の実体」とは、どのような内容のものであるか、明確にしていない。ただし、昭和52年大阪高判は、「新株発行の実体」として、新株発行の一連の手續的事実である、①取締役会の決議、②代表取締役による手續の履行、③払込をあげている。そして、昭和52年大阪高判は、「新株発行の実体」として、後に検討する昭和61年8月21日東京高判の「物理的に新株発行に該当する事実⁽³⁹⁾」を想定しているものと考ええる。

(b) 東京高裁平成13年12月12日判決

東京高裁は、平成13年12月12日判決（以下「平成13年東京高判」という。）において、「新株発行の実体⁽⁴⁰⁾」というキーワードを用いて、さらに、新株発行の無効と新株発行の不存在の違いを明示している。

「商法は、…新株発行無効の訴えを創設しているが、新株発行不存在確認の訴えについては何ら規定するところがない。しかしながら、新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しないというべき場合であっても、新株発行の登記がされているなど何らかの外観があるために、新株発行の不存在を主張する者が訴訟によってその旨の確認を得る必要のある事態が生じ得ることは否定することができない。このような新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるともいふことができるから、新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある。（最高裁判所平成9年1月28日判決民集51巻1号40頁参照）。…従って、新株発行の不存在とその無効とは、その性質上区別されるべきであるところ、これらの本来の語義に照らせば、新株発行が無効の場合とは新株発行が存在するもののその瑕疵が重大であるためにその効力が認められな

い場合であるのに対し、親株発行が存在しない場合とは、新株発行の実体が存在しないというべき場合、具体的には、新株発行の手続が全くされずに、新株発行の登記がされている場合であるとか、代表権限のない者が新株の株券を独断で発行した場合などであると解するのが相当である。…原告は、新株発行手続に実質的に重大な瑕疵がある場合には、新株発行が不存在となると解すべきであると主張する。しかしながら、上記の点に鑑みれば、商法は、新株発行手続の実体は存在するが、当該の新株発行手続に、新株の発行により生じる会社の法律関係を覆す必要がある程度の重大な瑕疵がある場合については、新株発行無効の訴えによってその効力を争わせるとともに、新株発行の実体すら存在しない場合については、新株発行不存在確認の訴えの余地を否定するものではないと解するのが相当である。」

平成13年東京高判も、上述の昭和52年大阪高判と同様、「新株発行の実体」をキーワードとし、「新株発行が存在しない場合」とは、「新株発行の実体がない場合」であるとした。そして、平成13年東京高判は、「新株発行の実体がない場合」の具体例として、「新株発行の手続が全くされずに、新株発行の登記がされている場合であるとか、代表権限のない者が新株の株券を独断で発行した場合」をあげた。すなわち、平成13年東京高判も、「新株発行の実体」について、新株発行の一連の手続的事実、「物理的な新株発行に該当する事実」を想定している。

(c) 平成13東京高判以後から最高裁判決までの下級審裁判例の傾向

その後も、多くの下級審裁判例は、昭和52年大阪高判や平成13年東京高判のような法律構成を採用して、「新株発行の実体」をキーワードとし、新株不存在である「新株発行の実体」が存在しない具体例として、「新株発行の手続が全くされずに、新株発行の登記がされている場合」、「代表権限のない者が新株の株券を独断で発行した場合」、「新株発行の手続が全く行われず、新株の引受け、払込が何らなされていないとき」、「新株発行が代表権限のない者によって行われ、会社の行為とは認められない場合⁽⁴¹⁾」として挙げ、さらに、「新株発行の手続のため必要な株主総会、取締役会の決議を欠くとか、通知、公告を欠く等の手続の瑕疵があるという場合は、新株発行の実体がないとはいえないものである。」⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾としている。

ii) 「緩和説」

(a) 東京高裁昭和61年8月21日判決

東京高裁は、昭和61年8月21日において（以下「昭和61年東京高判」という。）、以下のとおり判示した。⁽⁴⁴⁾

「新株発行の不存在とは、物理的に新株発行に該当する事実がまったく存在しない場合は勿論のこと、物理的には存在するような外観を呈していても、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在であると評価される場合も含み、その意味では新株発行が存在するかそれとも不存在であるかは、単に物理的な存否の判断に止まらず、一つの法的判断の側面を有する。」

(b) 東京高裁昭和61年8月21日判決以後の下級審裁判例

その後、「緩和説」を採用した判決は、以下の4つの判決のみである。

(ア) 金沢地裁平成3年2月8日判決

平成9年最判の第1審判決であるが、以下のとおり判示している。⁽⁴⁵⁾

「新株発行に該当する事実が全くない場合や仮に物理的に存在するような外観を呈していても、それが手続的瑕疵や実体的瑕疵が著しい場合には、例外的に、その新株発行が不存在であることを主張することができるものと解するのが相当である。」

(イ) 名古屋高裁金沢支部平成4年10月26日判決

平成9年最判の第2審判決であるが、以下のとおり判示している。⁽⁴⁶⁾

「本件新株発行は、授權資本増加の株主総会の決議、新株発行についての取締役会決議及び新株発行についての株主への公示の手続がいずれも不存在であり、有効な新株の払込みがあったとはいえない。難い。え、敏側が丸友青果の支配権を確立しようとする意図のもとになしたものであると認められてもやむを得ない状況であるから、その実体的及び手続的瑕疵が著しい場合といわざるを得ず、不存在と評価するに値するというべきである。」

(ウ) 徳島地裁平成10年10月13日判決

平成15年最判の第1審判決であるが、以下のとおり判示している（以下「平成10年徳島地判」とする⁽⁴⁷⁾）。

「新株発行についても、その瑕疵が著しい場合、例えば、新株発行の登記がなされているが、物理的に新株発行に該当する事実が全く存在しない場合とか、物理的には存在するような外観を呈していても、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在と評価される場合には、新株発行不存在として、新株発行無効の主張（商法280条の15）におけるような制限なしに、何時でも誰でもその不存在を主張することができる」と解すべきである。」と判示している。

(エ) 高松高裁平成15年7月29日判決

平成15年最判の差戻審判決であるが、以下のとおり判示している。⁽⁴⁸⁾

「本件各新株発行は、代表権のないCがAに無断でしたものであること、新株発行を決議したとされる取締役会が開催された事実はないこと、各株主に対し新株発行事項の通知がされていないこと、本件新株発行は、C夫婦が、被控訴人における自らの支配権を確立しようとしてなした著しく不公正なものというべきであることからすれば、本件各新株発行は、物理的にはこれが存

在するかのような外観を呈してはいるが、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在と評価すべきものである。」

② 最高裁判決⁽⁴⁹⁾

i) 最高裁平成9年1月28日判決

最高裁は、平成9年1月28日、以下のとおり判示した（以下「平成9年最判」とする。⁽⁵⁰⁾）。

「商法は、…、新株発行不存在確認の訴えについては何ら規定するところがない。しかしながら、新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しないというべき場合であっても、新株発行の登記がされているなど何らかの外観があるために、新株発行の不存在を主張する者が訴訟によってその旨の確認を得る必要のある事態が生じ得ることは否定することができない。このような新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるともいうことができるから、新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある。したがって、商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、この場合、新株発行無効の訴えに対比して出訴期間、原告適格等の訴訟要件が問題となるが、この訴えは少なくとも、新株発行無効の訴えと同様に、会社を被告としてのみ提起することが許されるものと解すべきである。」

平成9年最判は、不存在事由について、「新株発行の実体が存在しない場合であっても、新株発行の登記がなされているなど何らかの外観があるため…」、また、「新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるともいうことができる」としている。

平成9年最判については、評価が分かれている⁽⁵¹⁾。たしかに、「新株発行の実体」というキーワードを用いている。この点から、「限定説」を採用しているとも捉えることができる。しかし、平成9年最判は、被告適格を会社とした上で、新株を引き受けた株主を被告としたことで不適法却下したのみで、不存在の内容については、何ら実体判断を行っていない⁽⁵²⁾。したがって、平成9年最判は、「限定説」に立つと明確に評価できない。

なお、第1審である金沢地裁平成3年2月8日判決は「緩和説」に立って新株発行不存在を否定し、原審である名古屋高裁金沢支判平成4年10月26日判決は「緩和説」に立って新株発行不存在を肯定している。

ii) 平成15年最判

最高裁は、平成15年3月27日、以下のとおり判示した。

「新株発行不存在確認の訴えについては、商法に何ら規定がないが、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合には、新株発行が無効である場合と同

様に、対世効のある判決をもって新株発行の不存在を確定し、不実の外観を除去する必要があると認められるから、商法280条ノ15以下に規定されている新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定すべきである（最高裁平成…9年1月28日第三小法廷判決…）。そして、明文の規定がないにもかかわらず、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを認めるのであるから、同訴えについては、その性質に反しない限り新株発行無効の訴えに関する規定を類推適用するのが相当である。しかし、新株発行無効の訴えの出訴期間に関する規定については、これを類推適用すべきでなく、新株発行不存在確認の訴えに出訴期間の制限はないものと解するのが相当である。」

平成15年最判についても、平成9年最判と同様に、評価が分かれている⁽⁵³⁾。たしかに、平成15年最判は、不存在事由について、平成9年最判を引用して、「新株発行の実体」というキーワードを採用している。この点から、平成15年最判は、「限定説」を採用していると捉えることができるのかもしれない。しかし、平成15年最判は、不存在事由の内容について何ら実体判断をせずに、新株発行無効の訴えには提訴期間の制限がないとして、提訴期間に制限があったとした原審判決を破棄し、事件を原審に差し戻している。したがって、平成15年最判も、平成9年最判と同様に、「限定説」に立つと明確に評価することはできない⁽⁵⁴⁾。

なお、第1審である徳島地裁平成10年10月3日判決は「緩和説」に立って新株発行不存在を否定し、また、差戻審である高松高裁平成15年7月29日判決は「緩和説」に立って新株発行不存在確認の訴えを認めている⁽⁵⁵⁾。

③ 平成15年最判以後における下級審裁判例

平成15年最判以後における下級審裁判例の傾向は、「限定説」に立つことを明示する裁判例が多く⁽⁵⁶⁾、「緩和説」に立つ裁判例はない。

（３）学説

① 「限定説」

「限定説」は、新株発行不存在について、法定の新株発行手続も、払込金額の払込みも、物理的に全く存在しない場合に限定する見解である⁽⁵⁷⁾。以下のような根拠が主張されている。

第1に、近藤崇晴裁判官は、平成9年最判の研究において、「不存在」と「無効」の語義を手がかりとする。すなわち、『「不存在」と「無効」の本来の語義からすれば、いわば物理的な意味でも新株が発行されていない場合が『「不存在」で、物理的な意味では新株が発行されているが瑕疵があるという場合には、存在を前提としてその効力が問題とされるように区分けするのが素直な解釈ではなかろうかと思われる。』とされる⁽⁵⁸⁾。

第2に、松井英樹教授は、本判決の研究において、「新株発行時点における手続的瑕疵の問題のみならず、発行後の業務執行者の態様を含めて著しい瑕疵と評価する点で、新株発行無効事由との区別が明確にならないのではないかという疑念を有する。」とされる⁽⁵⁹⁾。

第3に、松井英樹教授は、本判決の研究において、「法律関係の早期安定化の確保という要素を損なう懸念がある。」とする。すなわち、「そもそも新株発行の不存在は、何時でも誰でもどのような方法でも主張することができる。発行からかなりの年月が経った後に不存在が主張されることで紛争の蒸し返しとなるおそれもある。非公開会社の支配権をめぐる争いについては、結局のところ、当事者間で話し合いが持たれたり、金銭の授受により和解に至ったり、違法な手続による新株発行で確立した支配関係のもとに会社の運営が行われているという事実状態が一定程度尊重される場合もあり得る。会社支配をめぐる紛争を繰り返していた当事者たちが、会社経営の第一線から退き、その後に事業承継等が行われた段階で、過去の新株発行につき不存在確認を求める訴訟が提起されれば、現在の会社運営に関わる利害関係者において多大な不利益が生じることを考えると、非公開会社においても、新株発行をめぐる、早期に法律関係の安定性を確保すべき要請はなお残っている。」⁽⁶¹⁾とされる。

② 「緩和説」

「緩和説」は、すべての法定の新株発行手続も払込金額の払込みもすべてが物理的に全く存在しない場合に限定せずに、手続が外形的には存在するが、手続的・実体的に瑕疵が著しいため、法的に新株発行の実体が不存在と評価される場合も含むとする見解である。⁽⁶²⁾

i) 根拠

根拠として、以下の主張がなされている。

第1に、田中亘教授は、本判決の研究において、「会社が瑕疵ある新株発行を秘匿し、株主が提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起することを妨げた場合にまで、新株発行を確定的に有効としてしまうのは著しく正義に反する」、とされる。⁽⁶³⁾

第2に、田中亘教授は、本判決の研究において、新株発行の無効による救済の不十分さをあげる。すなわち、新株発行の無効の訴えの提起を妨げた「違法な新株発行を防止するという観点から見たとき、新株発行の不存在を否定し、無効による救済のみを認めることで果たして十分か、という疑念がある。特に、無効判決には遡及効がないため（会社839条）、無効判決の確定前に会社によって既成事実が積み重ねられ、株主にとって有効な救済とならない恐れがある（極端な話、無効判決確定前に、会社が株主総会決議を経てさらに新株発行を行い、支配権を確定的に移転させてしまう可能性もある）。また、会社が意図的に株主に秘匿して瑕疵ある新株発行を行った場合にも、せいぜい新株発行は無効にしかならないとすれば、株主が訴訟において会社による意図的な秘匿の事実の主張、立証に失敗した場合は、提訴期間経過による新株発行の有効が確定する一方、株主がそうした事実の主張、立証ができて場合でも、新株発行の無効という、会社が新株発行を秘匿せず株主に提訴機会を与えたと同じ結果にしかならない。それでは、会社が意図的に株主に秘匿して瑕疵ある新株発行を行うことに対し、十分な抑止が働かない恐れがある。」⁽⁶⁴⁾とされる。

ii) 要件

評価的不存在の要件として、大別して、以下のような主張がなされている。

第1に、株主総会決議不存在確認の訴えの一般的基準を類推適用し、提訴期間の徒過を重視するものがある。すなわち、岩原紳作教授は、昭和61年東京高判の研究において、「株主総会決議不存在については、不存在を認定する一般的な基準について様々な議論が行われ、手続上の瑕疵の重大さとともに、決議取消の訴えにおける提訴期間の制限、提訴権者の制限、そしてこの訴えによらなければ瑕疵の主張をなしえない等の制限を課することが適当か否かという目的論的な判断が重要であるとする考え方が有力になっている。…特に、手続権を害された側が決議取消の訴えの提訴期間を遵守しえなかった事情から、提訴期間の制限を課することが妥当か否かを判断すべきであるとされている。本件判旨一般論がとる新株発行不存在事由の規範的理解を進めれば、このような株主総会決議不存在に関する一般的基準と同様の考え方ができるはずであり、本件のような新株発行不存在の認定にも類推すべき考え方のように思われる。…不存在の要件についても…、株主総会決議不存在の場合に準じて、」原告となる株主側が新株発行無効の訴えの提訴期間を遵守しえなかった事情と、被告となる会社側の帰責事由とを「考慮して、提訴期間の制限を課することができ妥当でない場合には、不存在を認定すべき」である、とする。具体的には、①新株発行が会社支配権の維持・確立のために行われていること、②新株発行無効の訴えが出訴期間内に提起できないように工作されていること、③発行された新株が悪意者の下にとどまっていることである、とされる。⁽⁶⁵⁾

第2に、第1説のように株主総会決議不存在確認の訴えを根拠としないが、第1説と同様に、提訴期間の徒過、無効原因の存在を重視するものがある。すなわち、吉本健一教授は、本判決の研究において、「評価的不存在の要件は、①閉鎖会社における不公正発行、②新株発行の事実の秘匿による新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過に関する会社の帰責性、③新株保有者の悪意、を挙げることができ、これに加えて、④何らかの新株発行の無効原因の存在、という点を要件とすることが望ましいと考える。」と主張されている。⁽⁶⁶⁾

第3に、第1説・第2説と異なり、提訴期間の徒過を重視しないものがある。すなわち、田中亘教授は、本判決の研究において、「会社が意図的に株主に秘匿して瑕疵ある新株発行を行った場合には、株主の救済方法を新株発行不存在の訴えに限定することなく、新株発行不存在の確認の訴えによることも認めるべきである」と考える。そのためには、有力説…に従い、不存在事由には物理的不存在だけでなく法的不存在も含まれると解した上で、新株発行の手続・内容に著しい瑕疵があるかどうかは、新株発行無効に付された種々の制限（提訴期間の制限や遡及効の否定など）を課することが妥当かどうかという見地から判断すべきである。具体的には、①新株発行に重大な瑕疵がある、②そうした瑕疵ある発行を会社（の代表者）が意図的に行っている、③株主に対し新株発行を秘匿している、および④当該新株発行について取引の安全を考慮する必要性が小さい、といった事情がある場合、新株発行は不存在になると解すべきであろう。」と主張されている。⁽⁶⁷⁾

（３）小括

① 平成15年最判の引用について

名古屋地裁は、新株発行不存在確認の訴えについて、「緩和説」を明確に否定し、「限定説」に立つが、本判決は平成15年最判を引用している。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

しかし、はたして、このように本判決が自説の根拠として平成15年最判を引用することは、正当・妥当なのであろうか。

平成15年最判は、「限定説」のキーワードである「新株発行の実体」を用いている。その点で、従来の多数の裁判例の「限定説」を採用しているかのような印象をもつ。しかし、上述のとおり、平成15年最判は、「新株発行の実体」の具体的な中身に言及せず、新株発行不存在事由に関する実体判断を示していないのである。⁽⁷⁰⁾すなわち、平成15年最判は、「新株発行無効の訴えの出訴期間に関する規定については、これを類推適用すべきでなく、新株発行不存在確認の訴えに出訴期間の制限はないものと解するのが相当である。」と判示して、出訴期間に制限があるとした原審（高松高判平成12年1月20日）を破棄し、高松高裁に事件を差し戻しているにすぎないのである。このように、本件判決は、新株発行不存在事由の内容に関する実体判断を明示していない「平成15年最判」を引用した点に問題がある、と考える。

② ３要素の必要性について

本判決は、「新株発行の実体」として、①代表取締役が本件新株発行に関与したこと、②払込金額の払込みがあったこと、③新株発行の登記がなされていることと捉え、これらの①・②・③が存在していることから、本件新株発行は不存在とはいえないとして、新株発行不存在確認の訴えを否定している。

そこで、そもそも、本判決は、これら①・②・③を、新株発行の不存在を判断するにあたって、なぜ重要な判断要素であると考えなのか、そして、重要な判断要素と考えるべきかが、問題になる。

第１に、本判決は、「新株発行の実体」の存在の一要素として、「代表取締役の関与」をあげている。

まず、新株発行は「業務執行の一環」⁽⁷¹⁾、また、「会社の業務執行に準ずるもの」と捉えられている。⁽⁷²⁾そして、代表取締役は業務執行機関である。したがって、代表取締役の関与は新株発行の重要な要素となる。また、代表取締役の関与の重要性は、上述した、新株発行の無効事由の判断に関する判例（昭和36年3月31日判決、昭和40年10月8日、昭和46年7月16日判決）からも裏付けられる。すなわち、最高裁は、取締役会決議または株主総会決議の欠缺について、決議を内部的な手続要件と位置付けて、新株の取得者や会社債権者等の取引の安全に重点を置いて、代表取締役が発行した以上、手続違反があったとしても、無効にならない、とする有効説を採用してきた。

以上のことから、代表取締役の新株発行の関与は、新株発行の効力（有効・無効）にとっても、新株発行の存否にとっても、重要な要素であり、必要不可欠のものであるといえる。

第２に、本判決は、「新株発行の実体」の存在の一要素として、「払込金額の払込み」の存在をあげている。

最高裁昭和53年3月28日判決は、「新株の払込期日」を「新株発行の効力の発生日」と解している。このように、払込みは、新株発行の効力発生の要件と位置付けられている。したがって、払込みは新株発行の実体の重要な一要素と考えられる。

第3に、本判決は、「新株発行の実体」の存在の一要素として、「新株発行の登記」の存在をあげている。

たしかに、新株発行に基づく変更登記は新株発行の手続の一つとして法定されている（915条）。しかし、新株発行に基づく変更登記は、法律関係を創設するものではなく、新株発行の効力発生を前提にその事実を公示する効果を有するにすぎない。極論すれば、まさに新株発行の実体が物理的に存在するかのような外観でしかない。

したがって、新株発行の変更登記が存在することを、新株発行の存在を肯定する根拠の一つとすることは、疑問である。

以上のように、名古屋地裁は、①・②・③のすべての存在をもって「新株発行の実体」の存在を肯定した。しかし、③は重要な要素とはいえない。名古屋地裁は、①・②で新株発行の実体を認定すれば十分であったと考える。従来の下級審裁判例の傾向について、適法の代表取締役が新株発行手続を進めたこと、および、新株発行にかかる払込みが実際にあったことが、新株発行の存在のメルクマールになっているという指摘がなされている⁽⁷³⁾。

③ 「限定説」の問題点

本判決は、「新株発行の実体」というキーワードを用いて、①代表取締役の関与、②払込み、③登記が存在することを根拠に、新株発行の不存在を否定している（新株発行の無効は肯定している）。これは、従来の下級審裁判例の傾向に沿うものである。

本判決を含め「限定説」は、新株発行の存否の判断について、代表取締役の関与、払込み、登記の存在を要素としている。新株発行の存在の要件としては明確である。さらに、「限定説」では、これらの要素以外の事項が、新株発行の存否の判断において、考慮に入れられないことがない。したがって、「限定説」は、要件が明確であり、法的安定性の面で優れていると考える。

しかしながら、「限定説」においては、本件において問題となっているような、支配権確立のための著しい不公正な発行、新株発行の秘匿のため株主総会の特別決議の欠缺など、新株発行の違法性・不当性がまったく考慮に入れられない。その結果、新株発行に反対する株主の保護に配慮されず、妥当な結論が得られない可能性がある（なお、非公開会社の特質を考慮に入れて、株主総会の特別決議の欠缺は、無効原因とした）。

したがって、本判決が「限定説」に立つ点で賛成できない。

④ 無効判決制度の影響について

本判決は、新株発行の無効を認容した。しかし、本判決は、本件のような事案において、新株発行無効判決の不遡及効が、新株発行によって不利益を被っている株主に与える悪影響を考慮して、本件の新株発行については、新株発行不存在確認の訴えを認めるべきであった。

上述のとおり、田中亘教授は、本判決の研究において、新株発行を無効とした場合、以下のよう
な問題が生ずる、と主張している⁽⁷⁴⁾。

第1に、無効判決の将来効（不遡及）のために、「無効判決確定前に、会社が株主総会決議を経てさらに新株発行を行い、支配権を確定的に移転させてしまう可能性もある」。これでは、株主にとって有効な救済にならないであろう。

第2に、本件のように、「会社が意図的に株主に秘匿して瑕疵ある新株発行を行った場合にも、せいぜい新株発行は無効にしかならないとすれば、株主が訴訟において、会社による意図的な秘匿の事実の主張、立証に失敗した場合には、提訴期間経過により新株発行の有効が確定する。」その一方、「株主がそうした事実を主張・立証できた場合でも、新株発行の無効という、会社が新株を秘匿せず株主に提訴機会を与えた場合と同じ結果にしかならない。」これでは、本件のような、「会社が意図的に株主に秘匿して瑕疵ある新株発行を行うことに対し、十分な抑止が働かない恐れがある」であろう。

以上のような無効判決の将来効（不遡及）から生ずる影響は、無効判決の重大な欠点であると考ええる。したがって、本件のような、会社が意図的に株主に秘匿して瑕疵ある新株発行を行った場合には、株主の救済方法を新株発行無効の訴えのみではなく、新株発行不存在確認の訴えによることも認めることが適切・妥当であると考ええる。

⑤ 「緩和説」について

i) 問題点

上述のとおり、「緩和説」は、株主の保護、違法な新株発行の効果的な抑止というメリットがあると考ええる。しかしながら、「限定説」からの強力な批判、すなわち、「緩和説」には、新株発行の無効事由と不存在事由との区別は不明確であり、法的安定性が害されるという問題がある。そこで、この批判に堪えうる要件の定立が必要である。

ii) 評価的不存在の要件－「著しい手続的・実質的瑕疵」、「無効原因以上の瑕疵」－

上述したとおり、要件については、大別して、3つの考え方がある。共通点としては、①非公開会社における株式発行であること、②無効原因としての支配権確立の著しく不公正な方法による発行であること、③無効原因としての株主総会決議欠缺があること、④新株発行の隠蔽工作があったこと、⑤不公正発行・隠蔽工作についての新株保有者が悪意であったこと、⑥これらのすべて事実が存在することである。以上の要素・事実の存在を要件とすることは、上述の批判に十分に堪えられるものと考ええる。すなわち、これらの場合には、複数の無効原因があるというよりも、評価的不存在はじめて言及した昭和61年東京高判の「著しい手続的・実質的瑕疵」があるものとして、また、平成9年最判の「無効原因以上の瑕疵」があるものとして、新株発行の不存在が認定されることになる。と考える。

iii) 新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過

問題は、新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過である。

本判決は、「新株発行不存在確認の訴えには提訴期間の制限がないこと等に照らせば、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合の救済手段として、新株発行不存在事由を広く解釈することは相当でないというべきである。」と判示している。

従来、新株発行不存在確認の訴えは、本件と同様の事実関係のもと、無効の訴えの提訴期間の徒過における株主の救済手段として多くの先行研究がなされてきた。また、本件の判例研究の多くも、この問題意識から分析・検討を行なっている。そして、「緩和説」を主張される論者の中には、提訴期間の徒過を不存在認定の一要素と考えている。

私見としては、本判決と同様に、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過したことを新株不存在の一要素とすることは妥当ではない、と考える。すなわち、上記①から⑤のすべてが存在する場合、新株発行の効力発生時期とされる払込期日の時点において、不存在状態になっていた、と考えるべきである。提訴期間の徒過を考慮に入れる見解については、無効事由が、提訴期間の徒過によって、不存在事由に転換するという印象を否めない。

5 むすびに代えて

旧商法下においては、新株発行の瑕疵への事後的措置として、新株発行無効の訴えのみが法定されていて（280条ノ15）、新株発行不存在確認の訴えは、解釈上、認められていたにすぎなかった。そのため、新株発行への事後的措置としては、新株発行無効の訴えの代替的措置と捉えられたり、または、新株発行無効の訴えが原則で、新株発行不存在が例外と捉えられていた感を否めなかった。⁽⁷⁶⁾たとえば、金沢地裁平成3年2月8日判決は、新株発行の瑕疵に対する事後的措置について、新株発行無効の訴えを原則的措置としたうえで、「新株発行に該当する事実が全くない場合や仮に物理的に存在するような外観を呈していても、それが手続的瑕疵や実体的瑕疵が著しい場合には、例外的に、その新株発行が不存在であることを主張することができるものと解するのが相当である。」と判示していた。

これに対して、平成17年制定会社法においては、新株発行の瑕疵への事後的措置として、新株発行不存在確認の訴えが法定された（829条）。この新株発行不存在確認の訴えの法定によって、新株発行の瑕疵に対する会社法上の事後的措置は2本立てになった。そこで、この2本立てになった点を考慮に入れて、原則と例外という無効の訴えと不存在確認の訴えの関係や、無効事由と不存在事由の解釈を再検討すべきではないだろうか。⁽⁷⁸⁾

また、旧商法下においては、新株発行手続規制と新株発行無効の訴えについては、公開会社と非公開会社を区別することなく、1本立ての規制を採用し、また、新株発行の業務執行に準ずる側面を重視し、資金調達の迅速性・機動性、および、株式取引の安全への配慮に基づいて、無効原因を狭く解釈し、基本的に有効とする考え方が採られていた（最高裁昭和40年10月8日判決、最高裁昭和46年7月16日判決等）。

これに対して、平成17年制定会社法においては、新株発行手続規制と新株発行無効の訴えについ

て、公開会社と非公開会社の相違に対応して、2本立ての規制（提訴期間）、または、無効原因に関する解釈（最高裁平成24年4月24日判決）が採られるようになった。そこで、新株発行不存在確認の訴えについても、公開会社と非公開会社の違いに配慮した2本立ての解釈が採られてもよいのではないだろうか。⁽⁷⁹⁾

以上のような2つの観点から、新株発行の瑕疵への事後的対応を再検討することを今後の課題としたい。そして、再検討に当たっては、違法な新株発行を抑止するという観点を忘れてならない。すなわち、本来の新株発行の目的は株式会社の資金調達にある。この目的を逸脱するような新株発行を行うべきではないという観点である。⁽⁸⁰⁾

〈注〉

（１） 金判1509号38頁。

本判決の判例評釈として、大久保拓也・判例評論709号24頁以下、齊藤真紀・ジュリ1518号100頁、鳥山恭一・法セ751号119頁、田中亘・ジュリ1519号110頁以下、徳本穰・私法リマークス56（2018〈上〉）106頁以下、林孝宗・TKC ローライブラリー「新・判例解説 Watch ◆商法 No.101」、堀井拓也・慶応義塾大学法学研究91巻7号47頁以下、松尾健一・法教444号156頁以下、吉本健一・金判1529号2頁以下がある。

また、本件判決を契機として、「新株発行無効の訴えに係る提訴期間の充足についての法規範を検討するとともに、現在の会社法のもとにおける新株発行の不存在事由について裁判例・学説を分析し、小規模閉鎖会社における支配権争いをもとに不公正・違法な手続が行われて新株発行の効力を否定するための訴訟手段の利用に関する検討」を行った論説として、松井英樹「新株発行の無効と不存在－名古屋地裁平成28年9月30日判決を契機として－」東洋法学62巻2号127頁以下がある。

（２） 用語の統一、および、法律用語の混同の回避ため、判決文について修正を施している。

（３） 民集66巻6号2908頁、金判1403号14頁。同旨、横浜地判平成21年10月16日判時2029号148頁。特段の事情を認めた裁判例として、大阪高判平成25年4月12日金判1454号47頁。

（４） 本件においては、新株発行無効事由の判断の前提として、株主への株主総会招集通知の欠缺による株主総会決議不存在が問題となり、決議不存在が認定された。この点については、最高裁は、昭和33年10月3日、代表取締役が実子2名に口頭で招集を通しただけで、発行済株式総数の42パーセントを有する他の6名の株主には全然通知をしなかった事案において、株主総会不存在を認定している。また、学説においても、決議不存在の事例として、この昭和33年最判が用いられている。神田秀樹『会社法〔第21版〕』（弘文堂、2019年）203頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）377頁、川村正幸＝飯屋広郷＝酒井太郎『詳説会社法』（中央経済社、2016年）263頁（飯屋広郷）、田中亘『会社法〔第2版〕』（東京大学出版会、2018年）199頁、三浦治『基本テキスト会社法』（中央経済社、2016年）81頁、宮島司『新会社法エッセンス〔第4版補正版〕』（弘文堂、2015年）199頁、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』（有斐閣、2015年）151頁。

（５） 田中・前掲注（１）「本件判批」112頁。

（６） 庄子良男「昭和61年8月21日東京高判判批」判タ975号196頁、新谷勝「昭和63年12月22日大阪高判判批」金判859号44頁、砂田太士「昭和61年8月21日東京高判判批」法律のひろば41巻4号71頁、鳥山恭一「平成12年1月20日高松高判判批」判例評論512号46頁（判時1755号216頁）、同「平成14年8月21日名古屋高判判批」法セ579号108頁、長浜洋一「平成5年12月16日最判判批」法律のひろば47巻7号78頁、中東正文「平成15年3月27日最判判批」民商130巻3号169頁、松井（英）・前掲注（１）141頁、三宅新「平成15年1月30日東京高判判批」ジュリ1323号189頁。

- (7) 岩原紳作「昭和61年8月21日東京高判判批」ジュリ947号122頁、川島四郎「平成15年3月27日最判判批」法セ586号111頁、久保田安彦「新株予約権発行の瑕疵とその連鎖」『企業金融と会社法・資本市場規制』（有斐閣、初出2011年）191頁、慶田康男「昭和61年8月21日東京高判判批」判タ677号231頁、酒井博行「平成15年3月27日最判判批」法政研究70巻3号224頁、坂本延夫「昭和61年8月21日東京高判判批」金判765号45頁、庄子・前掲注（6）「昭和61年8月21日東京高判判批」197頁、瀬谷ゆり子「新株発行の瑕疵と不存在確認の訴え」京都学園大学論集17巻3号106頁、同「平成9年1月28日最判判批」判タ948号190頁、同「新株発行をめぐる紛争の解決と無効の訴えの問題点」判タ859号68頁、田中・前掲注（1）「本件判批」113頁、田村詩子「平成4年10月29日最判判批」判タ975号190頁、中島弘雅「新株発行不存在確認訴訟に関する覚え書き－最高裁平成15年3月27日第一小法廷判決を契機として－」都立大法学会雑誌44巻2号76頁、中根茂「新株発行不存在確認の訴えについての一考察」国士館法研論集3号59頁、藩阿憲「平成14年8月21日名古屋高判判批」ジュリ1294号163～164頁、松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて（2・完）」立教法学71号47頁、吉本健一「新株発行不存在の判断要素－最近の裁判例の分析－」神戸学院法学47巻2・3号174頁（以下「分析」）、同「小規模閉鎖会社における新株発行の不存在について」民商154巻4号37頁（以下「小規模」）、同・前掲注（1）「判批」5～6頁。
- (8) 岩原・前掲注（7）「判批」123頁、田中・前掲注（1）「判批」112頁。
- (9) 民集57巻3号312頁、判時1820号145頁、判タ1120号84頁、金法1686号127頁、金判1179号14頁。
- (10) 東京高裁は、主位的請求である新株不存在の確認の訴えについて、「新株発行の不存在とは、物理的に新株発行に該当する事実がまったく存在しない場合は勿論のこと、物理的には存在するような外観を呈していても、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在であると評価される場合も含み、その意味では新株発行が存在するかそれとも不存在であるかは、単に物理的な存否の判断に止まらず、一つの法的判断の側面を有する…」とし、はじめて、物理的不存在および評価的不存在に言及した。なお、しかし、東京高裁は、定足数の不足があったものの一応取締役会の決議があったこと、その旨の官報公告がされたこと、払込金も全額払い込まれたこと、そして、変更登記もされていることを根拠に、法的評価としての新株発行は存在するとした。
- 本文の「物理的不存在限定説」および「評価的不存在緩和説」の呼称方法については、吉本・前掲（7）「小規模」43～44頁を参考にした。ほかに、たとえば、「物理的不存在」と「評価的不存在」（福島洋尚「平成12年8月18日浦和地判判批」金判1131号65頁、同「平成13年12月12日東京地判判批」判タ1143号98頁）、「物理的不存在」と「法律的不存在」（庄子・前掲注（5）「判批」196頁）、「実体上の不存在」と「規範上（評価上）の不存在」（松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて（1）」立教法学58号155～169頁）などがある。これらの想定している基本的内容は、ほぼ同様であると考えられる。中東・前掲注（6）「平成15年最判判批」183頁注（18）参照。
- (11) 前掲注（4）参照。
- (12) 民集19巻7号1745頁、金法427号6頁。
- (13) 最高裁は、昭和36年3月31日において、取締役会決議の欠缺の事案について、「原判決が本件に関し、昭和25年法律第167号によって改正された商法の解釈として、株式会社の新株発行に関し、いやしくも対外的に会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとえ右新株の発行について有効な取締役会の決議がなくとも、右新株の発行は有効なものと解すべきであるとした判示は、すべて正当である。そして原判決が右判断の理由として、改正商法（株式会社法）はいわゆる授權資本制を採用し、会社成立後の株式の発行を定款変更の一場合とせず、その発行権限を取締役に委ねており、新株発行の効力発生のためには、発行決定株式総数の引受及び払込を必要とせず、払込期日までに引受及び払込のあつた部分だけで有効に新株の発行をなし得るものとしている（第280条の9）等の点から考えると、改正法にあっては、新株の発行は株式会社の組織に関することとはいえ、むしろこれを会社の業務執行に準ずるものとして取扱っているものと解するのが相当

であることをあげていることもすべて首肯し得るところである。なお、取締役会の決議は会社内部の意思決定であって、株式申込人には右決議の存否は容易に知り得べからざるものであることも、又右判断を支持すべき一事由としてあげることができる。」と判示した。

- (14) 判時641号97頁、判タ266号177頁、金判277号6頁。
- (15) 最高裁は、平成6年7月14日判決において、取締役会決議の欠缺の事案について、「新株発行は、株式会社の組織に関するものであるとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであるから、右会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとい、新株発行に関する有効な取締役会の決議がなくても、右新株の発行が有効であることは、当裁判所の判例（最高裁昭和…36年3月31日第二小法廷判決・民集15巻3号645頁）の示すところである。この理は、新株が著しく不公正な方法により発行された場合であっても、異なるところがないものというべきである。また、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していること、あるいは新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなど、原判示の事情は、右の結論に影響を及ぼすものではない。けだし、新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることにかんがみれば、その効力を画一的に判断する必要がある、右のような事情の有無によってこれを個々の事案ごとに判断することは相当でないからである。」と判示した。
- (16) 江頭・前掲注（4）779～780頁、神田・前掲注（4）152頁、弥永・前掲注（4）332～333頁、川村正幸＝飯屋広郷＝酒井太郎『詳説会社法』（中央経済社、2016年）191頁（川村正幸）、田中・前掲注（4）507頁、三浦・前掲注（4）198頁。
- (17) 弥永・前掲注（4）333頁、田中・前掲注（4）507頁。
- (18) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006年）195頁、酒巻俊雄＝龍田節他編『逐条解説会社法第3巻株式・2新株予約権』（中央経済社、2009年）57頁（山田純子）。
- (19) 相澤哲編『立法担当者による新・会社法解説』（別冊商事法務295号）（商事法務、2006年）、山田・前掲注（18）57頁。
- (20) 宮島司教授は、以下のとおり主張されている。「会社法では、原則として、株主総会の特別決議事項とされてきていることを考えると、単なる業務執行に準ずる行為と把握するのではなく、人的・物的組織の拡大と見るべきであるから（新株発行は会社の人的・物的組織の拡大行為であるし、自己株式の処分も、会社による新たな株主の選抜という意味で人的・物的組織の拡大・変容である）、必要な決議を欠く募集株式発行は無効と解すべきである。」「募集株式発行手続は、株主総会の決議からはじまり、募集、引受など一連の手続を必要としている。これらの一連の手続は株主総会の募集株式発行決議を基礎として進められる。しかも、重要なことは募集株式発行の関する重要な内容はすべて株主総会の募集株式発行決議で決められるということである。募集株式発行を一種の法律行為と考えれば、そこに不可欠の意思表示は募集株式発行決議のほかにはありえない。募集株式発行の際の代表機関の代表行為は募集株式発行に必要な他の法律事実の形成に向かってなされる手続と考えればよい。その意味で、株主総会の決議がないのに代表機関が募集株式の発行を行っても、その募集株式の発行は無効というほかない…。」前掲注（4）313～314頁。極めて傾聴に値する主張である。
- (21) 相澤他・前掲注（18）215頁。
- (22) 前掲注（10）参照。
- (23) 判時1208号123頁。
- (24) 東京地裁は、主位的請求について、株式の発行を引き受けた者が「平成14年10月2日に200株分400万円の金員を払い込んでいること、その当時、被告会社代表取締役は、解任の訴えが提起されているとはいえ、被告であり、被告により新株発行の手続がなされていることが認められる。」と判示した上で、新株発行不存在事由は認められないとした。

- (25) 2004WLJPCA03310012、LLI/DB L05931551。
- (26) 鳥山・前掲注（１）「判批」119頁。
- (27) 吉本・前掲注（１）「判批」５頁。
- (28) 田中・前掲注（１）「判批」112頁。
- (29) 大久保・前掲注（１）「判批」27頁。
- (30) 齊藤・前掲注（１）「判批」101頁。同旨、吉本・前掲注（１）「判批」においては、「本件では、Y１会社の株主はXとY２の２人のみであって、新株（譲渡制限株式）を引き受けたのはY２のみであり、それ以外の利害関係者の存在は不明であるものの、かなり特殊な事案と見受けられる。」と述べている。
- (31) 鳥山・前掲注（１）「判批」119頁、同「平成12年１月20日高松高判判批」判例評論512号51頁、同「平成14年８月21日名古屋高判判批」法セ579号108頁、同「平成15年１月30日東京高判判批」法セ587号117頁。同旨、庄子・前掲注（６）「昭和61年東京高判判批」196頁、砂田・前掲注（６）「昭和61年東京高判判批」71頁、長浜・前掲注（６）「平成５年最判判批」78頁など。
- (32) 中東・前掲注（６）「判批」185頁。
- (33) 林・前掲注（１）「判批」３頁。
- (34) 松井（英）・前掲注（１）「判批」141頁。同旨、齊藤・前掲注（１）「判批」101頁。
- (35) 吉本・前掲注（１）「判批」６頁。吉本教授は、新株発行不存在の訴えによる解決を肯定している。
- (36) 神田・前掲注（４）163頁、酒巻俊雄・龍田節他編『逐条解説会社法第９巻外国会社・雑則・罰則』（中央経済社、2016年）92～95頁（永井和之）。
- (37) 裁判例の分析には、吉本・前掲注（７）「分析」、同「小規模」が大変参考になった。
- (38) 金判545号23頁。なお、この判決は、「商法280条の15第１項にいう『発行の日』とは、新株発行の効力が生じ、新株引受人が株主となる時期、すなわち払込期日の翌日をいうものと解すべき…」と判示している。そして、本判決の上告審判決である最高裁昭和53・３・28判決が支持している。
- (39) 「限定説」に立つ昭和56年大阪高判の上告審である最高裁は、昭和53年３月28日、「所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。」と判示している。判時886号89頁。この最高裁の判決を素直に読むと、この最高裁判決は「限定説」に立つと捉えることもできるのではないだろうか。
- (40) 東京地判平成13年12月12日 判タ1187号318頁。
- (41) 名古屋高判平成14年８月21日 判タ1139号251頁。
- (42) 名古屋高判平成14年８月21日 判タ1139号251頁。
- (43) 「新株発行の実体」の用語を使用し「限定説」の立場に立つ裁判例としては、福岡高判平成15年12月10日（2003 WLJPCA 12100001）、東京地判平成16年３月31日（2004 WLJPCA 03310021・LLI/DB L05931551）、東京地判平成16年３月31日（LLI/DB L05931571）、東京地判平成16年９月22日（LLI/DB L05933817）、東京地判平成16年９月27日（LLI/DB L 05933857）、東京地判平成18年12月20日（LLI/DB L06135150）、東京地判平成19年２月26日（2007 WLJPCA 02268009・LLI/DB L06239855）。

また、「新株発行の実体」というキーワードは用いていないが、本文に述べたような、手続の欠缺の状態を不存在の具体例として挙げている判例も数多くある。この多くの判例の内容は、「限定説」と同じといえる。昭和52年大阪高判から平成13年東京高判までの判決として、名古屋地判昭和62年３月31日 金判921号23頁、名古屋高判昭和63年３月31日 金判921号23頁、大阪高判平成３年９月20日 判時1410号110頁 判タ767号224頁、東京地判平成11年６月７日 判時1725号171頁、浦和地判平成12年８月18日 判時1735号133頁・金判1125号52頁、平成13年東京以後判決として、東京地判平成17年11月25日（LLI/DB L06034476）、東京地判平成19年12月19日（LLI/DB L06235708）。吉本・

前掲注（７）「分析」176～187頁参照。

- (44) 判時1208号123頁、判タ627号204頁、金法1146号40頁、金判756号3頁。なお、東京高裁は、代表取締役による実行、取締役会決議の瑕疵（定足数不足）、官報公告、有利発行決議の不存在、払込の存在、登記の存在、第三者割当て、支配権争奪、提訴期間の徒過、新株発行の秘匿を認定して、不存在を否定した。吉本・前掲注（７）「分析」176～179頁参照。
- (45) 民集51巻1号51頁、金判1015号35頁。「緩和説」に立つ名古屋高裁金沢支判平成4・10・26、および、平成9年最判の第1審判決である。なお、金沢地裁は、代表取締役の不関与、授權株式数増加の総会決議不存在、取締役会不存在、割当て通知なし、払込の存在、第三者割当て、登記の存在などを認定して、新株発行の不存在を否定した。吉本・前掲注（７）「分析」176～179頁参照。
- (46) 民集51巻1号60頁。「緩和説」に立つ金沢地裁平成3年2月8日判決の控訴審、および、平成9年最判の原審判決である。なお、名古屋高裁は、第三者割当ての事案において、代表取締役の不関与、授權株式数増加の総会決議不存在、取締役会不存在、割当て通知の不存在、払込不明、登記の存在、支配権確立の意図、提訴期間の徒過などを認定して、新株発行の不存在を容認した。吉本・前掲注（７）「分析」176～179頁参照。
- (47) 民集57巻3号（2003年）40頁。「限定説」に立つ高松高判平成12年1月20日、および、平成15年最判の第1審判決である。なお、徳島地裁は、代表取締役ではない取締役による実行、取締役会不存在、払込存在、一般公募（実質第三者割当て）、登記存在、支配権争奪、提訴期間の徒過を認定して、新株発行の不存在を否定した。吉本・前掲注（７）「分析」178～179頁参照。
- (48) 徳島地判平成10年10月13日、高松高判平成12年1月20日、平成15年最判の差戻審判決。なお、高松高裁は、非代表取締役が代表取締役名義の冒用、取締役会不存在、株主に対する公示の不存在、払込の存在、公募（実質代表取締役を含む第三者割当て）、登記の存在、支配権争奪、提訴期間の徒過などを認定して、新株発行の不存在を容認した。吉本・前掲注（７）「分析」180～181頁参照。
- (49) 新株発行不存在に関係する最高裁判決は、本文にあげた最高裁判決以外に2つある。ひとつは、最判昭和53年3月28日で、「限定説」に立つ大阪高裁昭和52年8月5日判決（不存在否定）の上告審である。本文で上述したとおり、大阪高裁は、「新株発行の不存在を主張できるのは、新株発行による変更登記があっても、権限のない者が新株の発行を装うなど全くその実体がない場合であると解すべきである。」として、「新株発行の実体」がない場合を新株発行の不存在とし、具体的結論として、「新株発行の実体」として、新株発行の一連の手続的事実である、①取締役会の決議、②代表取締役による手続の履行、③払込をあげて、これらの新株発行の一連の続きが存在したことを認定して、新株発行の不存在を否定した。最高裁は、この高裁判決を受けて、「所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。」と判示した。この昭和52年大阪高裁判決と昭和53年最高裁判決の流れから見て、最高裁は「限定説」を採用している感も否めない。しかし、多くの論者はこの最高裁判決を不存在事例とは考えていないようである。もうひとつは、最判平成4年10月29日で、「限定説」に立つ名古屋地裁昭和62年6月30日判決（不存在否定）、および、同じく「限定説」に立つ名古屋高裁昭和63年3月31日判決（不存在肯定）の上告審判決である。最高裁は、「被上告人らは、本件とは別に、上告会社との間で、被上告人らが本件株式を所有する株主であることの確認を求める事件を提起していたところ、同事件については、最高裁…平成4年6月25日…判決をもって、被上告人らが本件株式の株主でなかったとした控訴審の判決が確定していることが明らかである。そして、被上告人らは、本件新株発行につき、他に格別の利害関係を有するものとはうかがわれないから、被上告人らには本件新株発行が存在しないことの確認を求める訴えの利益がなく、本件訴えは不適法として却下すべきものである。」と判示した。この平成4年最高裁判決は、不存在事由について、全く言及していない。
- (50) 民集51巻1号40頁、判時1592号129頁、判タ931号179頁、金法1481号51頁、金判1015号17頁。

- (51) 近藤崇晴「平成9年1月28日最判判批」ジュリ1112号136頁においては、「本判決は、いかなる場合に新株発行が不存在であるかについては実体法上の判断を示したものではないが、『新株発行の実体が存在しないというべき場合』としているところから見て、本件の1、2審が前提としたような新株発行に著しい実体的・手続的瑕疵があれば『不存在』とする見解には否定的であると思われる。」とされている。これに対して、本間靖規「平成9年1月28日最判判批」龍法97巻30-2号192頁においては、「判旨は本件事例に即しての判示であり、最高裁が一般に右（「単に変更登記のみが存し、その実体がない場合」。筆者による。）に限定するとの趣旨であるとするのは狭きに失しするように思われる。」とされる。
- (52) 吉本・前掲注（7）「小規模」43頁。
- (53) 松並重雄「平成15年3月27日最判判批」ジュリ1254号226頁においては、「本判決は、新株発行の実体がないのに新株発行の外観が存する場合に認容されるべきものとして、新株発行不存在確認の訴えを認めた。これは、新株発行不存在確認の訴えの実体要件をかなり限定したものであり、東京高判昭和62・8・21判時1208号123頁の示した『物理的には存在するような外観を呈していても、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在であると評価される場合』にも新株発行が不存在となるとの考え方を明確に否定するものである。新株発行不存在確認の訴えにおいてしばしば主張される『著しく不正な方法で秘密裡に新株発行がされた』との事由では、新株発行の実体がないとはいえず、新株発行が不存在とならないことも明らかであろう。」とされている。
- これに対して、田中・前掲注（1）「判批」112頁においては、「最高裁判例は、『新株発行の実体が存在しないというべき場合』であっても、『新株発行の登記がされているなど何らかの外観がある』ときには、『新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地がある』と述べていることから（最判平成9・1・28民集51巻1号40頁）、物理的不存在説（「限定説」。筆者による。）に立っていると理解があるが、同判決は、物理的不存在の場合以外に新株発行不存在が認められないとしたものではないから、この論点につき最高裁の立場は未決定というべきだろう。」とされ、酒井博行「平成15年3月27日最判判批」70巻3号223頁においては、「本判決は、『新株発行の実体がないのに…その外観が存する場合』が新株発行不存在にあたる旨を判示しているが、不存在が認められる場合をこのような場合にのみ限定する趣旨であるかどうかについてははっきりしない。」とされ、また、堀井・前掲注（1）「判批」60頁においては、「そもそも平成15年最判についても、新株発行の不存在を物理的・実体的な不存在に限定する立場をとったといえるか、必ずしも明らかではない。」とされている。
- (54) 吉本・前掲注（7）「小規模」43頁。
- (55) 久保田・前掲注（7）187～188頁においては、「これら2つの最高裁判決は、対世効のある特別な訴えとしての株式発行不存在確認の訴えが訴訟類型として是認されること、この訴えは会社を被告とする必要があること、およびこの訴えには提訴期間の制限がないことを明らかにしたものであり、何が株式発行の不存在事由に該当するかについて直接に判断したものではない。したがって、最高裁が不存在事由をどのように解しているかは必ずしも明らかではないが、上記の判示を素直に読むと、不存在事由を株式発行の実体が存在しない場合（物理的不存在）に限定しているようにみえる。そして、実体がない場合というのを文字通りに理解すれば、募集株式発行等の手続がまったくなされていないうえに出資の履行もなく、たんに登記があるにすぎない場合になりそうである。」とされる。
- (56) この高松高裁判決に対しては、被告会社からの上告および上告受理申立てがなされたが、却下されたという指摘がある。吉本・前掲注（7）「小規模」44頁。
- (57) 平成28年8月3日（LEX/DB 25536505・LLI/DB L0713840・2016 WLJPCA 08038003）、東京地判平成28年11月22日（LEX/DB 25538211）、東京地判平成28年11月29日（2016 WLJPCA 11298003・LEX/DB 25538213）、東京地判平成29年9月8日（2017 WLJPCA 09088011）。

また、限定説的考え方を採る裁判例として、東京地判平成21年3月9日（2009 WLJPCA 03098006）、東京地判平成21年3月18日（2009 WLJPCA 03188015）、東京地判平成22年2月23日（2010 WLJPCA 02238002）、大阪地判平成24年5月30日金判1454号55頁、東京地判平成25年2月25日（LEX/DB 25510794・2013 KLJPCA 02258003）、東京地判平成26年3月19日（LEX/DB 25518358・2014 WLJPCA 03198017）、東京地判平成26年3月20日（LEX/DB 25518359・2014 WLJPCA 03208021）、東京地判平成26年3月26日（LEX/DB 25518363）、東京地判平成27年6月30日（LEX/DB 25530436・2015 WLJPCA 06308024）、東京地判平成28年8月3日（LEX/DB 25536505・LLI/DB L0713840・2016 WLJPCA 08038003）、東京地判平成28年9月28日（LEX/DB 25537012・2016 WLJPCA 08038003）、東京地判平成28年9月28日（LEX/DB 25537012・2016 WLJPCA 09288009）、東京高判平成29年3月1日（2017 WLJPCA 03276008）。吉本・前掲注（7）「分析」182～187頁。

本判決以後に、平成15年最判を引用している判決には、東京地判平成28年11月22日（LEX/DB25538211）、東京地判平成28年11月29日（2016WLJPCA11298003）、東京地判平成29年9月8日（2017WLJPCA09088011）がある。吉本・前掲注（7）「分析」184～187頁。

- (58) 岡本智恵子「平成12年1月20日高松高判判批」法学研究75巻6号128～129頁、同「平成15年3月27日最判判批」高知論叢78号178～179頁、同「平成15年1月30日東京高判判批」法と政治58巻2号107～108頁、近藤崇晴「平成9年最判判批」法曹時報49巻11号297頁、鈴木千佳子「平成14年8月21日名古屋高判判批」法学研究78巻1号125頁、中東・前掲注（6）「判批」168頁、山下孝典「平成15年3月27日最判判批」岡山大学法学会雑誌53巻2号103～104頁、松井（英）前掲注（1）146～147頁など。
- (59) 近藤・前掲注（58）「平成9年最判判批」297頁。同旨、岡本・前掲注（58）「平成12年高松高判判批」128頁、同・前掲注（58）「平成15年最判判批」178頁、山下・前掲注（58）「平成15年最判判批」104頁。
- (60) 松井（英）・前掲注（1）146頁。
- (61) 松井（英）・前掲注（1）146～147頁。
- (62) 前掲注（7）参照。
- (63) 田中・前掲注（1）「判批」112頁。
- (64) 田中・前掲注（1）「判批」112～113頁。
- (65) 岩原・前掲注（7）「判批」122頁。同旨、尾崎安央「平成9年1月28日最判判批」判例評論463号221頁、瀬谷・前掲注（7）「判批」190頁、中島・前掲注（7）80頁。
- (66) 吉本・前掲注（1）「判批」。同旨、川島・前掲注（7）「判批」111頁、山本為三郎「新株発行の法的性質」法学研究70巻1号104～105頁。
- (67) 田中・前掲注（1）「判批」。同旨、田邊光政「新株発行不存在確認の訴え」大阪学院大学法学研究31巻1・2号110頁。
- (68) 吉本・前掲注（1）「判批」112頁、田中・前掲注（1）「判批」112頁、堀井・前掲注（1）「判批」58～59頁。
- (69) 平成15年最判は平成9年最判を引用している。平成9年最判は「新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しないというべき場合であっても、新株発行の登記がされているなど何らかの外観があるために、新株発行の不存在を主張する者が訴訟によってその旨の確認を得る必要のある事態が生じ得ることは否定することができない。このような新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるともいうことができる」と判示している。平成9年判決について、物理的不存在のみを認める趣旨であるの評価がある。近藤崇晴「最高裁判所判例解説民事篇平成9年度（上）」（法曹会、2000年）35頁。
- (70) 吉本・前掲注（7）「小規模」43頁。
- (71) 前田庸『会社法〔第13版〕』（有斐閣、2018年）317頁。

- (72) 最判昭和36年3月31日民集15巻3号645頁等。
- (73) 鈴木・前掲注(58)「平成14年名古屋高判判批」法学研究78巻1号125頁においては、下級審裁判例では、新株発行の存在について、「共通の要素としては、適法な代表取締役が行い、払込が実際にあることであろう。これをさらに一般化すると、新株発行の不存在とは、本件の判決が本案前の主張について判示するように、『新株発行の手続が全く行われず、新株引受け、払込が何らなされていないとき、及び新株発行が代表権限のない者によって行われ、会社の行為とは認められない場合』には新株発行の実体がないとしてよいであろう。」とされている。堀井・前掲注(1)「判批」58頁参照。
- (74) 田中・前掲注(1)「判批」112～113頁。
- (75) 閉鎖会社における著しく不公正な方法による新株発行について、江頭・前掲注(4)777～778頁注(2)・781～782頁注(7)。今後の検討課題とした。
- (76) 岡本・前掲注(58)「平成12年高松高判判批」128頁、同「平成15年最判判批」178頁。
- (77) 民集51巻1号51頁。
- (78) 三宅新「平成15年1月30日東京高判判批」ジュリ1323号190頁においては、「従来、株主総会決議の不存在と新株発行の不存在の平仄に関しては、あまり議論のなかったところであるが、後者も平成17年会社法制定において明文化されたことにより、今後の議論が待たれるところである。」とされている。同旨、堀井・前掲注(1)「判批」60頁。また、岡本・前掲注(58)「平成15年東京高判判批」107頁においては、「平成17年改正前商法は、理念型の大株式会社に対する新株発行手続を法定し、そのこととの関係で会社をめぐる法律関係の安定化を図っているために、他方において事実上、そのような法規整が妥当しない面を生み出した結果、新株発行不存在確認の訴えなるものが判例上認められてきたわけであるが、会社法においては、有限会社形態の会社も包含し、さらに、有限会社形態の会社に対する規制から条文が組み立てられている。そもそも法の在り方が違っているのだから、今までの無効事由を前提に考えることはできない。」とされる。これらの主張は、本文と同様に、平成17年制定会社法によって新株発行不存在確認の訴えの法定されたことを契機として、新株発行不存在確認の訴えについて、詳細な議論が必要とされることを述べていると考える。
- (79) 公開会社については「限定説」と、非公開会社については「緩和説」を採用するという2本立ての解釈である。今後の検討課題としたい。
- (80) 本稿は、中京大学法務研究所共同研究プロジェクト「会社法判例研究」によるものである。